

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

ESTRATTO

ANNALI VII

Roberto Bartoli

RECIDIVA

pubblicazione fuori commercio

GIUFFRÈ

RECIDIVA

SOMMARIO: 1. Recidiva e recidivismo. — 2. L'evoluzione storica della recidiva. Dall'antico regime all'Ottocento. — 3. *Segue*: dal codice Zanardelli al codice Rocco. — 4. Le riforme del 1974 e del 2005 e le modifiche del 2013. — 5. La *ratio* dell'istituto nell'attuale contesto normativo. — 6. La condanna e i reati. — 7. Discrezionalità e obbligatorietà in ordine alla sussistenza della recidiva e all'aumento di pena. — 8. Natura giuridica di circostanza e limiti al bilanciamento. — 9. Le ipotesi di recidiva e gli aumenti di pena. — 10. Ipotesi speciali di recidiva (cenni). — 11. Gli effetti indiretti. — 12. Gli effetti indiretti nell'ambito della commisurazione della pena. — 13. Gli effetti indiretti nell'ambito della punibilità. — 14. Gli effetti indiretti in sede esecutiva e processuale. — 15. Problemi di razionalità del sistema. — 16. I nuovi scenari della recidiva.

1. Recidiva e recidivismo. — A partire dagli inizi dell'Ottocento, la recidiva è divenuta un istituto giuridico penalistico dai connotati rigorosamente definiti. In ordine alla struttura, essa costituisce un'ipotesi peculiare di reiterazione criminosa, consistente nella commissione di un nuovo reato (delitto non colposo nella disciplina vigente) da parte di chi è già stato condannato per uno precedente (art. 99 comma 1 c.p.). Suoi tratti

significativi sono pertanto non solo la componente formale della condanna per un reato anteriore, ma anche la realizzazione del nuovo reato dopo tale condanna, dopo cioè una “presa di posizione” valutativa negativa da parte dell’ordinamento rispetto a uno specifico soggetto che aveva già delinquito (per i profili fondamentali dell’istituto v. anche RECIDIVA, 1988). Proprio in ragione di questi caratteri strutturali, che la qualificano come “legale”, la recidiva si differenzia da altri istituti pure basati sulla reiterazione criminosa (recidiva cosiddetta “naturale”). Già il solo requisito della condanna, che si “frappone” tra la commissione dei due reati, distingue la recidiva dal concorso materiale, cioè dall’ipotesi di chi commette un reato dopo averne commesso un altro (art. 71 ss. c.p.). È invece soprattutto il fattore cronologico del nuovo reato dopo la condanna, oltre al carattere “qualificato” di quest’ultima, a differenziare la recidiva dai « precedenti penali » (art. 133 comma 2 n. 2 c.p.), rispetto ai quali il reato oggetto della commisurazione può essere stato commesso anche prima. In ordine alla valenza e al fondamento, la commissione di un nuovo reato dopo una condanna per uno precedente induce l’ordinamento ad esprimere un giudizio di disvalore più rigoroso in ordine al reato (maggiore colpevolezza in virtù della resistenza manifestata dal soggetto a motivarsi secondo le norme) oppure rispetto alla personalità dell’autore (maggiore pericolosità sociale in virtù della tendenza a commettere reati ovvero maggiori esigenze specialpreventive). Infine, riguardo alle conseguenze applicative, la recidiva determina effetti sfavorevoli sul trattamento sanzionatorio: un aggravamento della pena in sede di commisurazione (effetto cosiddetto diretto) e l’esclusione o la riduzione dell’ambito applicativo di numerosi istituti di favore che operano nelle varie fasi della dinamica punitiva (effetti cosiddetti indiretti).

Dalla recidiva si deve distinguere il recidivismo, che non è un concetto giuridico, ma indica un fenomeno oggetto di studio della criminologia e della sociologia. Se recidiva e recidivismo si fondano entrambi sulla commissione di più reati, il recidivismo non solo si riferisce a una reiterazione suscettibile di variazioni strutturali significative, potendo riguardare sia il recidivo “legale” che i vari tipi di recidivo “naturale”, ma soprattutto, essendo esaminato da una prospettiva esplicativa, costituisce la base per indagare i molteplici fattori criminogenetici che portano categorie d’autori o

un singolo soggetto a perseverare nella condotta criminosa (1).

Nonostante queste diversità, recidiva e recidivismo possono avvicinarsi o avere comunque dei punti di contatto. La prima può subire una sorta di “naturalizzazione” nel momento in cui, alla luce di una ricostruzione funzionale volta a valorizzare la pericolosità sociale dell’autore e il ruolo di certezza della condanna in ordine alla commissione di un precedente reato, si tende ad attribuire rilievo alla reiterazione criminosa in quanto tale, come espressione di una particolare inclinazione del soggetto a commettere reati. Il recidivismo può subire invece un processo di “legalizzazione”, là dove la reiterazione è definita sulla base delle stesse componenti strutturali della recidiva “legale”. Così, negli ultimi decenni si è diffuso lo studio della ricaduta nel reato da parte di chi è già stato condannato oppure ha subito una vera e propria carcerazione (2). E questo filone d’indagine produce un ulteriore contatto con il diritto penale, poiché apre alla riflessione sulla reale efficacia del sistema sanzionatorio, in particolare carcerario, nel perseguire gli obiettivi di prevenzione speciale (v. PREVENZIONE GENERALE E SPECIFICA).

2. L’evoluzione storica della recidiva. Dall’antico regime all’Ottocento. — Elaborata a partire dal XIV secolo, durante l’emersione della giustizia penale egemonica, fino al XVI secolo la recidiva è rimasta ai margini della riflessione criminalistica e della prassi applicativa: concetto impreciso e poco coerente, essa coincideva nella sostanza con la reiterazione del crimine (*consuetudo delinquendi*) (3). La principale ragione di questa indifferenza risiede nel fatto che all’epoca scopo del diritto penale permaneva più la riparazione del danno che la punizione del reo (4). Inoltre, in una giustizia penale articolata in sistemi repressivi differenziati per la maggiore o minore integrazione del reo nella comunità (5), l’applicazione della

(1) V. per tutti PONTI e MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*⁵, Milano, 2008, 323.

(2) CAMPANA, *Condannati a delinquere? Il carcere e la recidiva*, Milano, 2009.

(3) SBIRICOLI, *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l’image du criminel méchant et endurci (XIVe-XVIe siècles)*, in *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Âge au XXe siècle* a cura di BRIEGEL e PORRET, Genève, 2006, 25 ss.; ROUSSEAU, *La récidive: invention médiévale ou symptôme de modernité?*, ivi, 65.

(4) Mette in evidenza questa finalità del diritto penale in epoca medioevale SBIRICOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*⁷ a cura di FIORAVANTI, Roma-Bari, 2007, 164 ss. e 172.

(5) SBIRICOLI, *op. ult. cit.*, 166.

recidiva dipendeva dallo *status* sociale dell'autore, per cui l'aumento colpiva soprattutto emarginati, vagabondi, poveri, asociali (6). Un'elaborazione più coerente sul piano funzionale si aveva in ambito religioso, dove, sulla base di una visione retributivo-espiativa, la perseveranza del reo nelle sue "intenzioni malvagie" esprimeva una dimensione interiore "incorreggibile" (7).

Dal XVI secolo, con il rafforzamento della giustizia penale pubblica, il transito di categorie dall'ambito religioso a quello statale e il conseguente affermarsi di una funzione punitiva che si sposta dalla riparazione del danno alla repressione-prevenzione della "disobbedienza politica" (8), la recidiva divenne espressione di una spiccata attitudine alla ribellione contro la "maestà della legge" e connessa a particolari tipologie di reato (furto, vagabondaggio, mendicizia, eresia) (9). Essa svolgeva una duplice funzione: da un lato, comportava un aggravamento di pena connesso più che alla gravità del reato, alla personalità del delinquente, con attrazione dell'istituto nella teoria della pena; dall'altro lato, assumeva un ruolo processuale secondo la presunzione probatoria relativa *semel malus, semper malus* (10). Il sospetto di essere dediti al crimine rendeva quindi legittimo l'impiego della tortura che permetteva di stabilire l'esistenza della reiterazione di reati grazie alla confessione dell'interrogato (11). D'altra parte, sul piano strutturale, assumendo sempre più rilevanza la commissione di un reato dopo l'esecuzione della pena, la recidiva iniziò ad avere connotati più precisi che portarono a distinguerla con maggiore consapevolezza dalla mera reiterazione criminosa: come afferma Prospero Farinaccio agli inizi del XVII secolo, « *poena non potest augeri propter delinquendi consuetudinem nisi quis de primis delictis fuerit condemnatus et punitus, cum alias non possit dici incorrigibilis* » (12). Quindi, pur rimanendo una confusione tra recidiva "legale" e "naturale", per l'incidenza fisica delle pene che rendeva il corpo la memoria della carriera criminale del reo, un aggravamento sanzionatorio si determinava in forma piuttosto

costante quando, a seguito di una precedente esecuzione, si riscontrava una traccia corporale sospetta, consistente in una mutilazione e poi in un marchio (13).

L'Ottocento rappresenta un vero e proprio snodo per la recidiva (14). Non solo si precisa la sua struttura, divenendo pacifico che la commissione del reato sia successiva ad una « componente formale » (15), ma la consistenza di quest'ultima diviene problematica, discutendosi se debba coincidere con l'esecuzione della pena (recidiva cosiddetta vera) oppure con la condanna (recidiva cosiddetta finta). E se la condanna, grazie alla sostituzione delle pene corporali con la detenzione di cui non resta traccia e allo sviluppo di strumenti come il casellario giudiziario, è destinata ad assumere sempre più rilevanza, tuttavia l'effettiva esecuzione della pena intensifica il disvalore della recidiva nel momento in cui la "nuova" pena della carcerazione è concepita come mezzo per "divenire migliori".

Nell'Ottocento si apre quindi una partita decisiva per il destino strutturale e funzionale della recidiva. Pur restando ancorata alla personalità del reo, da un lato, viene avanzata una recidiva moderna che nella sua configurazione "finta" rende lo stesso reato più grave perché espressione di una personalità incline a delinquere; dall'altro lato, viene riproposto il concetto di recidiva pre-ottocentesca nella sua configurazione "vera" che si lega all'inefficacia della pena eseguita rispetto a una personalità "insensibile". Ma dietro a questa partita sembra giocarsene un'altra ancora più grande e decisiva, relativa al ruolo che deve svolgere la personalità nel diritto penale: con il diffondersi dell'idea preventiva e "curativa" del diritto penale e il manifestarsi embrionale del concetto di pericolosità sociale, si affermano forze che spingono per l'ingresso della personalità nel reato; ma a queste se ne contrappongono altre volte a mantenere la personalità nella pena per impedire un "inquinamento" del reato.

Soltanto alla luce di questo quadro è possibile comprendere le posizioni, davvero peculiari per l'epoca, di Carmignani e Carrara. Il primo nega qualsiasi rilevanza alla recidiva, facendo leva non solo su una concezione rigorosamente oggettivistica del reato, ma anche su un individualismo retributivo che impone di non creare alcun legame

(6) ROUSSEAU, *op. cit.*, 62 e 78; MARCHETTI, *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVIII, 2009, 1015 ss.

(7) SBRICCOLI, *Periculum pravitatis*, cit., 280 s.

(8) SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 178 ss.

(9) MARCHETTI, *op. cit.*, 1017.

(10) SBRICCOLI, *Periculum pravitatis*, cit., 280.

(11) ROUSSEAU, *op. cit.*, 62 ss.

(12) Citazione tratta da PUGLIA, *Della Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie* a cura di PESSINA, V, Milano, 1903, 689.

(13) ROUSSEAU, *op. cit.*, 79.

(14) BRIEGEL e WENZEL, *La récidive a l'épreuve de la doctrine pénale (XVIe-XIXe siècles)*, in *Le criminel endurci*, cit., 99 ss.

(15) BRIEGEL e WENZEL, *op. cit.*, 104 e 109.

tra la vicenda criminosa precedente e quella successiva, nemmeno sulla base dell'inefficacia della precedente pena (16). Il secondo tiene invece una posizione più compromissoria, ma rigorosamente "tradizionale": da un lato, riconosce rilevanza alla recidiva come espressione di una particolare personalità; dall'altro, precisa che « col punire di più il *recidivo* non gli si rinfaccia di nuovo il delitto precedente; non si tiene a calcolo la *malvagità dell'uomo*; non si mortifica perché non siasi *corretto*. Nulla di questo. La *imputazione* rimane l'istessa. Ma la *pena* è dimostrata dal fatto insufficiente *relativamente* alla sensibilità di quell'uomo » (17).

I riflessi di queste differenti visioni si ritrovano nelle codificazioni preunitarie (18), come anche nei lunghi e tormentatissimi lavori che porteranno al codice Zanardelli (19). Sotto il primo profilo, emblematica è la contrapposizione tra il codice penale del Regno delle Due Sicilie del 1819 e quello toscano del 1853: nel primo la recidiva è finta, generica e perpetua, e comporta aumenti molto severi (art. 78-84); nel secondo è vera, specifica e temporanea, con una disciplina sanzionatoria assai più mite (art. 82-85). Sotto il secondo profilo, se i vari progetti di riforma recepiscono i tratti di disciplina comuni ai diversi codici preunitari (rilevanza della tipologia di pena per la quale si è stati condannati in coerenza con una concezione vera, destinata in seguito a scomparire; limite temporale entro il quale deve essere commesso il nuovo reato; obbligatorietà; comparsa degli effetti cosiddetti indiretti; previsione di ipotesi speciali), tuttavia si delinea uno scontro tra recidiva vera o finta (20), nonché tra specifica o generica, dovendosi tuttavia osservare come, contrariamente a quanto imposto da una coerenza funzionale, non esistesse una corrispondenza tra vera e generica e tra finta e specifica.

(16) CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Pisa, 1832, 228 ss.

(17) CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, II, 3ª ed., Prato, 1878, 133.

(18) Per un quadro complessivo v. PUGLIA, *op. cit.*, 696 ss.; inoltre, MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, 1 ss.

(19) In arg. cfr. ancora PUGLIA, *lc. ult. cit.*; nonché, MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia*, Ancona, 2008, 53 ss.

(20) L'unico codice preunitario che prevedeva l'aumento di pena della recidiva a prescindere anche da una precedente condanna era il codice penale per il Principato di Piombino del 1808. Cfr. sul punto CALLAIOLI, *La recidiva dal periodo rivoluzionario alle riforme del codice napoleonico del 1810*, in *Il Codice dei delitti e delle pene per il Regno d'Italia (1811)* a cura di VINCIGUERRA, Padova, 2002, CXIX ss.

3. (Segue): *dal codice Zanardelli al codice Rocco*. — Il codice del 1889, accolti i tratti "pacifici", opta per il concetto "moderno" di recidiva basato sulla condanna e, prevedendo sia la generica che la specifica, nonché la reiterata, inaugura quella modalità di previsione "per addizione" che troverà la sua forma più compiuta nel codice Rocco.

Sul piano funzionale si consolida una lettura della recidiva in chiave di pericolosità sociale, come confermato dalla collocazione in termini di gravità crescente delle varie figure (generica, specifica, reiterata). Tuttavia, viene spesso avanzato un altro fondamento che, facendo leva sulla gravità del reato nel suo "elemento politico", valorizza sul piano soggettivo la maggiore inclinazione del soggetto a disobbedire alla legge, e, a livello oggettivo, il più intenso « allarme nascente dal delitto » (21); argomentazioni che, pur avendo echi pre-ottocenteschi, in seguito verranno riprese per giustificare la configurazione autoritaria della recidiva da parte del codice Rocco (22), giungendo addirittura fino ai giorni nostri (v. *infra*, § 4 e 11). Il carattere "liberale" della disciplina si coglie soprattutto negli effetti sanzionatori, trattandosi di aumenti fissi ma di scarso rigore e che non possono superare la più grave delle pene anteriormente inflitte; nella pluralità di requisiti necessari ad integrare la reiterata; nel limite temporale presente in tutte le ipotesi.

Ma l'aspetto centrale è un altro: ormai la personalità ha trovato definitivo ingresso nel reato. Si tratta di un punto di non ritorno dal quale prenderà slancio sia la Scuola positiva che l'autoritarismo fascista, consolidandosi, ancorché in termini latenti, l'idea che la stessa pena costituisce uno strumento di neutralizzazione della pericolosità sociale e quindi svolge anche quella funzione che la Scuola positiva attribuirà alle sole misure di sicurezza.

E proprio quanto appena detto consente di evidenziare come il rapporto tra recidiva e Scuola positiva che si sviluppa in quegli anni sia molto più articolato e complesso di quanto si è soliti cre-

(21) PUGLIA, *op. cit.*, 733 ss., dove si citano anche passi tratti dalla Relazione ministeriale di accompagnamento al progetto.

(22) Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, II, Torino, 1981, 745 s., secondo il quale « nell'ipotesi di recidiva non solo si ha la lesione o l'esposizione a pericolo di siffatto interesse specifico [tutelato dalla norma violata], ma sussiste in più una particolare lesione dell'interesse generico al mantenimento dell'ordine giuridico generale penalmente protetto ».

dere (23). Se il positivismo rompe qualsiasi indugio per una lettura della recidiva in chiave di pericolosità sociale, con esiti però di un certo equilibrio connaturati alla stessa prospettiva funzionale adottata, tuttavia relega la recidiva ai margini del proprio sistema. Sotto il primo profilo, all'eliminazione del limite temporale e alla valorizzazione della recidiva reiterata fa tuttavia da contrappeso il riconoscimento di una discrezionalità giudiziale nella sua applicazione (24). Grande merito della Scuola positiva è poi quello di disvelare come in un'ottica di pericolosità la condanna abbia una funzione di mera certezza in ordine alla sussistenza del precedente reato (25). Sotto il secondo profilo, in un sistema punitivo rivoluzionato dalla centralità della delinquenza abituale e delle misure di sicurezza, la recidiva, soltanto « indizio di maggiore pericolosità », è confinata nel sistema delle pene come ipotesi più grave di reiterazione dei reati rimessa alla valutazione discrezionale del giudice (26).

Nel codice Rocco la disciplina della recidiva, se in parte si ispira alla maggiore pericolosità dell'agente (27), tuttavia al fondo è frutto di una visione del diritto penale fortemente autoritaria e repressiva (28). Potenziano entrambi quei germi "illiberali" già presenti nel codice Zanardelli (ingresso della personalità nel reato e funzione neutralizzante della pena) e nella Scuola positiva (centralità della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza), la recidiva diviene un istituto dall'ambito applicativo amplissimo e dai consistenti effetti punitivi, capace oltretutto di giocare sui due fronti del reato/pena e della pericolosità/misure di sicu-

rezza in virtù del doppio binario al quale può essere destinato l'imputabile pericoloso.

Sotto il primo profilo, figura centrale resta la recidiva finta e generica, che diviene però perpetua. Accanto all'ipotesi monoaggravata specifica, sempre finta e perpetua, oltre ad aggiungersi un'inedita figura aggravata temporanea, in cui la "breve" distanza tra condanna e reato è sintomo di una pericolosità ancora maggiore, si riscopre la vera, sempre perpetua, precisando che la latitanza è equiparata all'esecuzione. Si prevede l'ipotesi pluriaggravata e si estende l'ambito della reiterata che si ha "semplicemente" quando il recidivo commette un altro reato. A dimostrazione della distanza che intercorre tra l'autoritarismo del Rocco e la visione della Scuola positiva, per tutte le figure si conferma l'obbligatorietà, la quale viene rafforzata attraverso un'imputazione obiettiva delle circostanze e l'esclusione della recidiva dal bilanciamento. Se gli aumenti divengono discrezionali nel *quantum*, tuttavia si caratterizzano per una notevole consistenza priva di limiti; se scompaiono le ipotesi speciali, però si potenziano ulteriormente gli effetti indiretti.

Sotto il secondo profilo, la recidiva assume doppia valenza nella pena e nelle misure di sicurezza (29). Tradisce questa visione la sua natura e la collocazione nel codice: pur essendo discussa la qualifica di circostanza, senz'altro la recidiva è indice peculiare di commisurazione attinente alla persona del reo e incidente sulla pena; tuttavia, trovandosi accanto alle nuove figure soggettive e presuntive di pericolosità sociale che fanno scattare le misure di sicurezza, l'attenzione è spostata dalla recidiva alla figura del recidivo. Ma soprattutto nulla toglie che la recidiva possa portare all'applicazione delle misure di sicurezza in virtù del doppio binario per gli imputabili pericolosi. Anche perché rispetto all'imputabile uno dei fattori sui quali si può fondare un giudizio positivo di pericolosità non può che essere, prima ancora della mera reiterazione e dei precedenti giudiziari, proprio la recidiva "legale" nelle sue plurime articolazioni (v. PERICOLOSITÀ).

La risposta a questo disegno repressivo prende forma agli inizi della seconda metà dello scorso secolo, non sul piano dei principi, ma a livello dogmatico. La lettura in termini di pericolosità sociale che riduce il ruolo della "precedente" condanna a una funzione di certezza del primo reato non è in grado di cogliere il particolare disvalore

(23) Cfr. per tutti BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del codice Rocco. Spunti di riflessione*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, 339 ss.; ID., *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, n. 12, 6 s.

(24) GAROFALO e CARELLI, *Dei Recidivi e Della Recidiva*, in *Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale Secondo il Codice Unico del Regno d'Italia* diretto da COGLIOLO, I, pt. III, Milano, 1889, 903 s.

(25) Cfr. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, 666 s.

(26) FERRI, *op. cit.*, 667 ss. In arg., v. anche BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del codice Rocco*, cit., 341.

(27) Lucidi in tal senso ROMANO e GRASSO, in ID., *Commentario sistematico del codice penale*, II. Art. 85-149, 4ª ed., Milano, 2012, sub art. 99, 92. Per una diversa lettura, in chiave di maggiore colpevolezza, BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile. Parte generale*, in *Trattato di diritto penale* diretto da GROSSO, PADOVANI e PAGLIARO, III, t. 1, Milano, 2009, 141.

(28) In arg. v. PALAZZO, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, 355.

(29) Coglie questo profilo PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 47.

espresso dalla recidiva, perché estensibile alla mera reiterazione dei reati che tuttavia ha un trattamento di maggior favore. Da qui una lettura della recidiva volta a sganciarla non solo dalla pericolosità, ma anche dalla personalità, per ricondurla al reato attraverso la colpevolezza, valorizzando il ruolo di “monito” della condanna: il maggior rimprovero del recidivo è offerto « da una possibilità maggiore di inibizione degli impulsi criminosi connessa alla forza vincolante del ricordo della condanna precedente ed al suo innegabile valore di avvertimento » (30).

4. *Le riforme del 1974 e del 2005 e le modifiche del 2013.* — La riforma del 1974 (d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito con modificazioni in l. 7 giugno 1974, n. 220), oltre ad attenuare gli aggravamenti di pena e a porre un limite all'aumento, il quale non può essere superiore alla pena della(e) precedente(i) condanna(e), abbatte gli automatismi, introducendo la discrezionalità per tutte le ipotesi, inserendo la recidiva nel bilanciamento e prevedendo l'imputazione soggettiva delle circostanze (31). A ben vedere, però, suo obiettivo non è la recidiva, ma, nelle more di una riforma del codice, ampliare i margini di discrezionalità del giudice per attenuare il rigore sanzionatorio delle comminatorie edittali. E se l'obiettivo “mitigante” viene raggiunto, tuttavia il prezzo che si paga in termini di coerenza funzionale e di razionalità del sistema è molto alto. Da un lato, si consolida una *ratio* “bidimensionale” della recidiva che fa riferimento sia alla maggiore colpevolezza che alla maggiore pericolosità, risultando così l'applicazione della recidiva condizionata spesso dalla convenienza del caso concreto e quindi in sostanza arbitraria (32). Dall'altro lato, continuano a giocare un ruolo significativo gli effetti cosiddetti indiretti, i quali negli anni a venire non solo si riteranno comunque operanti attraverso un'interpretazione giurisprudenziale in sede esecutiva che nel restringere la discrezionalità al solo aumento della pena reintrodurrà un automatismo (33), ma saranno addirittura ampliati

dallo stesso legislatore prevedendo nel 1981, nel 2000 e nel 2003 la recidiva reiterata come preclusione per l'applicazione, rispettivamente, dell'obblazione discrezionale (art. 162-bis comma 3 c.p., inserito dalla l. 24 novembre 1981, n. 689), della pena pecuniaria quando si tratti di reati di competenza del giudice di pace (art. 52 comma 2 d. lg. 28 agosto 2000, n. 274) e del patteggiamento cosiddetto allargato (art. 444 comma 1-bis c.p.p., inserito dalla l. 12 giugno 2003, n. 134), anticipando una politica che contraddistinguerà la riforma del 2005. D'altra parte, i principi costituzionali iniziano a giocare il loro ruolo di garanzia e, all'interno di una più ampia riflessione in tema di commisurazione, si comincia ad osservare come rispetto alla gravità del reato i concetti di capacità a delinquere e pericolosità sociale incidenti sul *quantum* di pena possano operare solo verso il basso, comportando altrimenti una violazione del principio di proporzione (34), con conseguente rafforzamento di una lettura della recidiva in chiave di colpevolezza (35).

Ed eccoci alla riforma del 2005 (art. 4 l. 5 dicembre 2005, n. 251). Frutto di un clima che risente delle politiche populiste e securitarie ispirate alla cosiddetta tolleranza zero e alla ricerca di un capro espiatorio sul quale abbattere i pochi margini di serietà (soltanto carceraria) di un sistema sanzionatorio ormai disintegrato e ineffettivo, la riforma non solo ripropone gli automatismi in risposta all'ampia discrezionalità attribuita al giudice nel 1974, ma potenzia ulteriormente gli effetti indiretti, soprattutto al fine di irrigidire la flessibilità specialpreventiva delle misure alternative introdotte dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 (l. 26 luglio 1975, n. 354: ord. penit.) e di sopperire alla sostanziale disapplicazione del doppio binario.

I passaggi salienti della riforma sono quattro (36). Unica previsione favorevole al reo, il

(34) DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 153 ss. e 298 ss.

(35) AMBROSETTI, *op. cit.*, 254 ss.

(36) Per un quadro complessivo della riforma, v., tra molti, DOLCINI, *Le due anime della “ex-Cirielli”*, in *Corr. merito*, 2006, 55 ss.; PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 32 ss.; SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle “circostanze”*, ivi, 38 ss.; SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, ivi, 45 ss.; AMATO, *Il recidivo va a caccia di “generiche”*, ivi, 56 ss.; PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, ivi, 61 ss.; MARCHESELLI, *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, ivi, 79 ss.; FIORENTIN, *Giro di vite sui tossicodipendenti*, ivi, 84 ss.; MELCHIONDA, in *L. 5 dicembre 2005, n. 251. Commento*, in *Leg. pen.*, 2006, sub art. 1, 2 e 3, 420 ss.; PADOVANI, ivi, sub art. 4, 445 ss.; BARTOLI, ivi,

(30) LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, 257.

(31) In arg. v. per tutti VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, 63 ss.

(32) In arg. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, cit., 9. Per un quadro della giurisprudenza, v. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 13 ss.

(33) V. per tutte Cass. 22 novembre 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 303; tuttavia, di contrario avviso, cfr. per tutte Cass. 28 settembre 1990, n. 3021, in *Cass. pen.*, 1992, 959.

primo e il secondo reato devono consistere in delitti non colposi ovvero dolosi o preterintenzionali. Stando alla lettera della legge e alle intenzioni del legislatore, si torna all'obbligatorietà per le ipotesi di recidiva pluriaggravata e reiterata, alle quali si aggiunge quella inedita di cui all'art. 99 comma 5 c.p. Si prevedono aumenti di pena più rigorosi e addirittura fissi per tutte le ipotesi, tranne che per la monoaggravata, con un accanimento che supera quello del codice Rocco. Infine, si estendono notevolmente gli effetti indiretti della recidiva reiterata. In sede di commisurazione si prosegue nello scopo di ridurre i margini di discrezionalità giudiziale, blindando il bilanciamento nel senso della non prevalenza delle attenuanti (art. 69 comma 4 c.p.) e restringendo l'ambito applicativo delle generiche (art. 62-bis comma 2 c.p.). Inoltre, si prevede un minimo edittale in ordine all'aumento della pena fino al triplo del cumulo giuridico (art. 81 comma 4 c.p.). Ma soprattutto, oltre a incidere sui tempi della prescrizione e sull'interruzione del suo decorso (art. 157 comma 2 e 161 comma 2 c.p.) e a precludere sul piano processuale l'accesso alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (art. 656 comma 9 lett. c c.p.p.), la vera novità è offerta da alcuni effetti indiretti che si producono rispetto al recidivo reiterato in sede di esecuzione (37).

sub art. 5, 453 ss.; MARTINI, *ivi*, sub art. 7, 8, 9, 476 ss.; MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 170 ss.; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, *ivi*, 175 ss.; FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, *ivi*, 315 ss.; ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della Legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")* a cura di SCALFATI A., Padova, 2006, 5 ss.; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori?"*, *ivi*, 53 ss.; D'AGNOLO, *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, *ivi*, 193 ss.; FIORIO, *Inasprimenti al divieto di concedere nuovi benefici penitenziari*, *ivi*, 225 ss.; CIAMPI, *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, *ivi*, 243 ss.; MARRA, *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme*, *ivi*, 287 ss.; GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e del suo contenuto*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251* a cura di GIUNTA, Milano, 2006, 1 ss.; BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, *ivi*, 37 ss.; BERGAMASCO, *Le innovazioni in materia di benefici penitenziari*, *ivi*, 15 ss.

(37) In particolare, al recidivo reiterato si vieta di concedere per più di una volta le misure alternative dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà (art. 58-quater comma 7-bis ord. penit.) e si stabiliscono requisiti più gravosi o addirittura preclusioni per l'ottenimento dei permessi premio (art. 30-quater ord. penit.), della detenzione domiciliare (art. 47-ter commi 1.1 e 1-bis ord. penit.) e della semilibertà (art. 50-bis ord. penit.).

Tornano così a manifestarsi, ancora una volta rinnovati e più efficaci, i germi autoritari che sembrano costituire un tratto davvero permanente del diritto penale italiano (38), riemergendo una funzione "reale" della pena e del carcere neutralizzante e segregazionista, dietro la quale si nascondono istanze generalpreventive di placamento simbolico dell'allarme sociale. Ma il contesto è diverso e l'effetto finale ancora più dirompente, se si considerano le condizioni di vita nel carcere italiano, il tipo di popolazione coincidente coi recidivi (per lo più tossicodipendenti e immigrati) e il dato ormai acquisito che la carcerazione non contrasta, ma anzi alimenta la recidiva: obiettivo finale sembra essere la costituzione di un doppio binario occulto per eliminare dalla società una cerchia di persone emarginate. Se nel nostro sistema non ha ingresso la formula americana « tre condanne e sei fuori » operante in sede di commisurazione (39), tuttavia allo stesso risultato si tende in sede di esecuzione potenziando gli effetti indiretti della recidiva.

Ma il contesto è diverso anche da altri punti di vista. I principi costituzionali sono ormai penetrati nel nostro ordinamento e il volto legislativo della recidiva messo davanti allo specchio della Costituzione si mostra in tutta la sua deformante contrarietà, spingendo gli organi giurisdizionali e la Corte costituzionale ad un'opera di sistematico smantellamento delle rigidità della riforma (40) attraverso una strategia flessibile (41), volta ad aprire progressivamente un spazio sempre maggiore alla discrezionalità del giudice. Inoltre, la necessità di fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, anche alla luce dell'«*ultimatum*» imposto dall'Europa al nostro Paese (42), «costringe» il legislatore ad abrogare una parte delle disposizioni introdotte nel 2005 concernenti gli effetti indiretti della recidiva reiterata in sede di

(38) PALAZZO, *op. cit.*, 356.

(39) In arg. cfr. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 417 ss.; DELLA BELLA, *Three strikes and you are out: la guerra al recidivo in California e i suoi ecbi in Italia*, *ivi*, 2007, 832 ss.; GRANDE, *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007.

(40) Per un quadro complessivo della giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva, cfr. LEO, *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2012, Diritto penale*, pt. g., Roma, 2012, 173 ss.; nonché, volendo, BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, n. 12, 14 ss.

(41) Sul punto LEO, *op. cit.*, 175; BARTOLI, *op. cit.*, 14.

(42) Cfr. C. eur. dir. uomo 8 gennaio 2013, Torreggiani v. Italia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 927 ss.

esecuzione (art. 2 d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94). Se da un lato vi sono fondate ragioni per dubitare della reale incidenza di queste modifiche poco “coraggiose” sul sovraffollamento, dall’altro lato si elimina una parte delle norme più irragionevoli e discriminatorie del regime differenziato concernente i recidivi reiterati, basate su vere e proprie presunzioni di pericolosità sociale.

5. *La ratio dell’istituto nell’attuale contesto normativo.* — In termini “astratti” e teleologicamente orientati, della recidiva si possono distinguere tre *rationes* che producono conseguenze diverse sulla disciplina (43). Anzitutto, la recidiva può essere espressione di una maggiore pericolosità sociale, vale a dire di un’attitudine del soggetto a commettere nuovi e futuri reati. In questa prospettiva, il disvalore che giustifica l’aumento si radica sulla personalità del reo e ciò che si valorizza è soprattutto la reiterazione criminosa suscettibile di una valutazione proiettata verso il futuro. Conseguenze di disciplina sono: carattere “finto” della recidiva e funzione di certezza della condanna in ordine alla commissione del reato precedente, condanna che non è necessario sia effettivamente conosciuta dal reo; genericità e perpetuità a seguito della svalutazione del collegamento tra nuovo reato e precedente condanna e della valorizzazione della reiterazione criminosa in quanto tale; discrezionalità del giudice finalizzata a valutazioni il più possibile corrispondenti alla concreta personalità del reo.

In secondo luogo, la recidiva può essere espressione di una maggiore colpevolezza concepita in termini normativi, vale a dire di una resistenza del soggetto a lasciarsi motivare dalle norme. Poiché nel procedimento motivazionale di un recidivo i motivi a delinquere si scontrano con i contro-motivi a non delinquere necessariamente rafforzati dalla precedente condanna, la commissione di un nuovo reato dopo quest’ultima è frutto di un procedimento motivazionale particolarmente restio a conformarsi alle norme. In questa prospettiva ciò che esprime disvalore è il legame tra il nuovo reato e la precedente condanna. Conseguenze di disciplina sono: carattere anche “vero” della recidiva; rafforzamento del ruolo della condanna che, svolgendo una funzione di monito, deve essere conosciuta; valutazione discrezionale del giudice basata su indici sintomatici

di una maggiore colpevolezza, tra i quali giocano un ruolo particolarmente significativo l’omogeneità tra i reati (specificità), in quanto indice di motivi a delinquere affini, e il breve tempo intercorrente tra il nuovo reato e la precedente condanna (temporaneità), avendo il ricordo di quest’ultima maggiore forza vincolante.

Infine, la recidiva può essere espressione di maggiori esigenze specialpreventive, essendo rivelatrice di una personalità insensibile agli effetti di intimidazione speciale o di risocializzazione della pena. In questa prospettiva il disvalore torna a radicarsi sulla personalità del reo, ma, più che al reato, è connesso all’esecuzione della pena. Conseguenze di disciplina sono il carattere “vero” della recidiva, nonché l’applicazione obbligatoria, visto che l’insufficienza della precedente pena è già evidente *in re ipsa*. Inoltre il presupposto di questa prospettiva è l’esistenza di un sistema punitivo efficace, capace di perseguire in modo effettivo gli obiettivi specialpreventivi in sede esecutiva.

Ciò premesso, si deve osservare come la *ratio* della recidiva abbia subito nel corso del tempo una notevole trasformazione. Senza dubbio originariamente la recidiva è stata concepita in chiave di maggiore pericolosità sociale (v. *supra*, § 3) (44). Ciò sarebbe confermato, oltre che dal carattere generico e perpetuo dell’ipotesi principale di cui all’art. 99 comma 1 c.p., anche dalla previsione delle ipotesi monoaggravate in cui i singoli elementi sintomatici, che in una logica di maggiore colpevolezza concorrerebbero assieme a formulare un giudizio discrezionale di maggiore rimproverabilità, nella disciplina vigente esprimono da soli un crescente grado di gravità presuntivamente apprezzabile solo in chiave di maggiore pericolosità. Inoltre, coniugando obbligatorietà (quanto meno negli intenti) e fissità dell’aumento, si è ritenuto che la riforma del 2005 avrebbe valorizzato la pericolosità sociale in termini addirittura presuntivi (45).

A partire dalla riforma del 1974 la *ratio* è divenuta molto più discussa e problematica. Secondo alcuni, muovendo dall’idea che esista una corrispondenza tra natura giuridica e *ratio* della recidiva, per cui se qualificata come circostanza propria sarebbe espressione di maggiore colpevolezza, mentre se considerata un peculiare indice

(44) Così, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna, 2010, 450 s. Inoltre, v. il quadro della giurisprudenza costituzionale tracciato da LEO, *op. cit.*, 174.

(45) PADOVANI, *Diritto penale*¹⁰, Milano, 2012, 272 s.; ROMANO e GRASSO, in ID., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 99, 94.

(43) Per un quadro complessivo dei diversi orientamenti in tema di *ratio* della recidiva, cfr. AMBROSETTI, *op. cit.*, 9 ss.; MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., 61 ss.

commisurativo si baserebbe sulla maggiore pericolosità sociale (46), la recidiva, essendo stata espressamente qualificata dal legislatore come circostanza propria (v. *infra*, § 8), sarebbe espressione di maggiore colpevolezza. Tuttavia, a ben vedere, non sembra sussistere una tale corrispondenza tra natura e *ratio*, in quanto la prima più che sulla seconda ha conseguenze sulla disciplina. Per altri autori, invece, giocando un ruolo significativo il carattere discrezionale od obbligatorio della recidiva, per cui mentre l'obbligatorietà spingerebbe nel senso della maggiore colpevolezza, la discrezionalità sarebbe coerente con una *ratio* di maggiore pericolosità sociale (47), la recidiva andrebbe letta in questa seconda prospettiva. D'altra parte anche l'automatismo su cui si basa questa interpretazione non convince. Da un lato, « la semplice esistenza di una condanna per un precedente reato può essere solo un sintomo di una eventuale maggiore colpevolezza, la quale in concreto dipende da molti altri fattori » (48). A ben vedere, una presunzione di insufficienza/inefficacia che rende la recidiva obbligatoria ha senso se riferita, più che alla mera condanna, alla pena eseguita. Dall'altro lato, pur potendo porre problemi di legittimità costituzionale, l'obbligatorietà derivante dalla mera esistenza di precedenti condanne è funzionalmente coerente anche con la maggiore pericolosità sociale (49), poiché, soprattutto in presenza di una carriera criminale particolarmente significativa, la recidiva è — per così dire — attratta da una logica presuntiva. Inoltre, è da osservare come nell'impianto originario del codice Rocco l'obbligatorietà fosse strumentale all'obiettivo di realizzare una "commisurazione legale", attribuendo non solo — e non tanto — una valenza predefinita, ma soprattutto una rilevanza indefettibile ad alcune tipologie di precedenti penali. Se infatti è vero che le circostanze altro non sono che indici commisurativi "speciali" sottratti all'art. 133 c.p., questa sottrazione si giustifica prioritariamente sulla base del fatto che, mentre non è detto che tali indici siano valutati dal giudice ai sensi dell'art. 133 c.p., al contrario una

loro considerazione è legalmente imposta se qualificati come circostanze (50).

Senza dubbio suscita perplessità la *ratio* cosiddetta "bidimensionale", per cui la recidiva sarebbe al contempo espressione di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità sociale (51). Prospettata a partire dai primi anni Ottanta per sopire il fervente contrasto, la recidiva finisce per essere interpretata in un senso o nell'altro a seconda del caso concreto, violandosi così il principio di eguaglianza e rimettendo la recidiva all'arbitrio del giudice.

Oggi l'individuazione della *ratio* della recidiva non può prescindere da una lettura costituzionalmente orientata. Su questa scia, preso atto che la recidiva è un istituto appartenente alla commisurazione della pena e che quindi deve sottostare ai principi che governano tale attività, soltanto una recidiva concepita in termini di colpevolezza è compatibile con il principio di proporzione ovvero con il limite della colpevolezza per il fatto. Se infatti è vero che la misura della pena corrispondente alla gravità del reato costituisce un "limite comunque invalicabile" e che la capacità criminale può operare solo "verso il basso", « ne consegue che anche l'aumento di pena per la recidiva, al di sopra dei limiti segnati dalla colpevolezza per il fatto, non appare compatibile con l'art. 27, primo comma, Cost., qualora della recidiva si dia lettura in chiave di maggiore pericolosità del soggetto » (52).

6. La condanna e i reati. — La condanna deve essere contenuta in una sentenza, anche straniera (se riconosciuta *ex art.* 12 c.p.), oppure in un decreto penale e deve essere passata in giudicato (rileva quindi la sentenza di patteggiamento equiparata alla condanna *ex art.* 445 comma 1-*bis* c.p.p., mentre non rileva la sentenza di prosciogli-

(50) DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 109 s.

(51) Interpretazione attualmente maggioritaria nella giurisprudenza: cfr. per tutte Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Cass. pen.*, 2011, 2099. L'orientamento è condiviso anche dalla Corte costituzionale: cfr. C. cost. 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 327. In dottrina si esprimono in tal senso COSTA, *Recidiva*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 2007, 2; BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., 140 s. Nella manualistica, v. per tutti MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Padova, 2011, 652; MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁴, Milano, 2012, 531.

(52) PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 360. Nella stessa prospettiva, ancorché con argomenti diversi, v. MAZZA, *Recidiva*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 1988, 73 ss., 82 ss., 136 ss.; PITTARO, *Recidiva*, in *D. disc. pen.*, XI, 1996, 366. Nella manualistica, ROMANO e GRASSO, *op. cit.*, 93 (ma v. tuttavia anche 95); DE FRANCESCO, *op. cit.*, 31 s.

(46) AMBROSETTI, *op. cit.*, 49 ss.

(47) V. per tutti PADOVANI, *op. cit.*, 270. Lega la discrezionalità alla maggiore pericolosità sociale anche VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, cit., 65.

(48) PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁵, Torino, 2013, 534; nel senso che la discrezionalità depone a favore della *ratio* in chiave di maggiore colpevolezza ROMANO e GRASSO, *op. cit.*, 93; DE FRANCESCO, *Diritto penale*, II. *Forme del reato*, Torino, 2013, 31.

(49) ROMANO e GRASSO, *op. cit.*, 92.

mento anche se si applica il perdono giudiziale). In un'ottica di pericolosità sociale, dove la condanna esplica una funzione formale di certezza, si è imposto di tener conto anche di quelle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena, salvo che questa non estingua anche gli effetti penali (art. 106 c.p.) (53). Di recente, in un'ottica di valorizzazione della prevenzione speciale, le sezioni unite hanno precisato che ai fini della recidiva non si tiene conto della condanna estinta a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, in quanto il comportamento virtuoso del condannato non può che neutralizzare definitivamente gli effetti penali di una condanna (54).

A seguito della riforma del 2005, il primo e il secondo reato devono consistere in "delitti non colposi" ovvero in delitti dolosi o preterintenzionali. Oggetto di molte valutazioni critiche (55), la scelta acquista una certa plausibilità solo in una prospettiva di maggiore colpevolezza. Se infatti in presenza di contravvenzioni e fatti colposi è pur sempre possibile riscontrare una maggiore pericolosità sociale del loro autore, è invece possibile ritenere che il monito della condanna sia più consistente in presenza di reati che esprimono un maggiore disvalore (56). In termini più pragmatici, la restrizione dell'area di pertinenza della recidiva può interpretarsi come parziale compensazione del complessivo inasprimento della disciplina (57).

Il secondo delitto deve essere commesso dopo la sentenza di condanna.

(53) Fra le condanne delle quali il giudice può tener conto sono da ricomprendere quelle per cui sia intervenuta l'amnistia impropria, l'indulto, la grazia, la sospensione condizionale, la prescrizione della pena e la liberazione condizionale. Al contrario, non sono valutabili le sentenze seguite da *abolitio criminis* o dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie e quelle rispetto alle quali vi sia stata riabilitazione o che abbiano applicato la pena su richiesta delle parti, allorché quando ricorrano le condizioni di cui all'art. 445 comma 2 c.p.p.

(54) Cass., sez. un., 27 ottobre 2011, n. 5859, in *Cass. pen.*, 2012, 2464 ss.

(55) V. per tutti PADOVANI, in *L. 5 dicembre 2005*, n. 251. *Commento*, in *Leg. pen.*, 2006, sub art. 4, 446 s.; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della Legge 5 dicembre 2005*, n. 251 ("ex Cirielli") a cura di SCALFATI, cit., 62 ss. Nel senso della legittimità costituzionale di tale disciplina, cfr. C. cost., ordinanza, 8 maggio 2007, n. 164, in *Giur. cost.*, 2007, 1552.

(56) Spunti in tal senso in PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 62. (57) Così ROMANO e GRASSO, *op. cit.*, 94. In termini critici sul punto, PADOVANI, *op. ult. cit.*, 447.

7. Discrezionalità e obbligatorietà in ordine alla sussistenza della recidiva e all'aumento di pena.

— Tutte le ipotesi, tranne quella del comma 5 (v. *infra*, § 9), sono ritenute discrezionali in ordine al presupposto sostanziale di maggiore colpevolezza o pericolosità (58). Si erano posti dubbi rispetto alla pluriaggravata e alla reiterata (59). Nel senso della loro discrezionalità si sono espresse sia la Corte costituzionale che le sezioni unite (60).

La discrezionalità attiene ai presupposti sostanziali e non all'aumento della pena. La diversa lettura che lega la discrezionalità all'aumento, elaborata in sede di esecuzione nel periodo tra le due riforme del 1974 e del 2005 per "salvare" l'operatività degli effetti indiretti (v. *supra*, § 4), non può essere accolta perché finisce per concepire la recidiva come obbligatoria, risultando sufficiente per la sua sussistenza la sola precedente condanna (61).

Pertanto, una volta accertati i presupposti formali e sostanziali e quindi dichiarata sussistente, in assenza di un concorso eterogeneo di circostanze, l'aumento è obbligatorio e si producono gli effetti indiretti (62). Più complesso il discorso se la recidiva è ritenuta esistente e v'è un concorso eterogeneo di circostanze. Posto che, se la recidiva risulta prevalente, si considera pacificamente applicata e produttrice di effetti indiretti, secondo alcuni, in assenza di un aumento a seguito di un bilanciamento che la vede equivalente o soccombenente, la recidiva, non potendo ritenersi "applicata", non produce effetti indiretti (63). Tuttavia, se dichiarata, coerenza imporrebbe che la recidiva

(58) Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2099.

(59) PADOVANI, *op. ult. cit.*, 448 ss. Per un quadro complessivo del problema v. per tutti CARUSO, *Recidiva*, in *D. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, t. 2, 2008, 1045 ss.

(60) C. cost. 14 giugno 2007, n. 192, cit., 326 s.; Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2099. La prima ha osservato che l'indicativo presente «e» si riferisce esclusivamente alla misura dell'aumento di pena, lasciando inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento, in quanto le due figure di recidiva rappresentano mere "species" della figura generale discrezionale di cui al comma 1. La seconda ha precisato che l'interpretazione nel senso dell'obbligatorietà configurerebbe una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato con conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato nell'*an* e nel *quantum*.

(61) Sul punto v. per tutti BERTOLINO, *op. cit.*, 147. Nello stesso senso contrario cfr. Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2100.

(62) Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2100. In dottrina v. per tutti ROMANO e GRASSO, in *Id.*, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 99, 97.

(63) Così PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 305. In giurisprudenza Cass. 24 gennaio 2011, n. 9636, in *Mass. CED*, n. 249513.

sia sempre ritenuta applicata anche in caso di equivalenza o soccombenza rispetto a un'attenuante (64). La giurisprudenza è giunta a una soluzione compromissoria (65), per cui si deve distinguere a seconda dell'esito del bilanciamento: se l'esito è di equivalenza, gli effetti indiretti si producono (66), mentre, solo se l'aggravante soccombe, non si producono (67). Se la recidiva è ritenuta inesistente, non si produce alcun effetto indiretto (68), compreso quello del bilanciamento (69).

Per quanto riguarda i criteri di esercizio della discrezionalità, essi mutano a seconda del fondamento della recidiva. Nella prospettiva della maggiore colpevolezza, il giudizio tende a farsi più oggettivo e standardizzato, perché si tratta di individuare una serie di indici che permettono presuntivamente di ipotizzare un procedimento motivazionale in cui si può ritenere che la precedente condanna abbia svolto una funzione di monito rafforzato. In ordine all'oggetto della valutazione, si tratta quindi di verificare l'esistenza di un legame tra il nuovo delitto e la precedente condanna, la quale deve essere effettivamente conosciuta (v. *infra*, § 8). In tale prospettiva, giocano un ruolo fondamentale il tempo intercorso tra la condanna e il nuovo delitto, nel senso che a un lasso di tempo breve o lungo corrisponde un monito maggiore o minore, nonché l'omogeneità tra il vecchio e il nuovo delitto, nel senso che a una maggiore o minore omogeneità corrisponde un monito più o meno intenso. Ma possono assumere rilevanza anche indici come la gravità del delitto che si riverbera sulla consistenza della condanna, la quale può condizionare il fattore temporale (più gravi sono il delitto e la condanna più i tempi tra

condanna e nuovo delitto possono dilatarsi), o come l'occasionalità del comportamento criminoso, il quale può "annullare" il fattore dell'omogeneità.

Nella prospettiva della maggiore pericolosità sociale, il giudizio tende a farsi molto più flessibile e "relativizzato", avendo ad oggetto nella sostanza la personalità del reo e la sua condotta di vita. Da ciò consegue che, da un lato, risulta molto difficile predeterminare gli indici, potendo assumere rilevanza, oltre a quelli sopra citati, anche la riproducibilità del contesto in cui sono stati commessi i precedenti reati, gli scopi e i moventi del reo, i precedenti giudiziari, ecc.; dall'altro lato, la stessa prognosi di recidiva può assumere significati diversi a seconda che si valuti in termini — per così dire — puri oppure ancorandola anche alla maggiore o minore integrazione sociale del reo.

8. Natura giuridica di circostanza e limiti al bilanciamento. — In ordine alla natura, sono state prospettate due soluzioni: secondo alcuni la recidiva sarebbe una circostanza propria (70), per altri costituirebbe invece un indice peculiare di commisurazione della pena (71). Notevoli le conseguenze di disciplina derivanti dall'adozione dell'una o dell'altra soluzione. Se infatti si considera circostanza propria, dovrà essere contestata dall'accusa, espressamente dichiarata dal giudice e troverà applicazione la disciplina delle circostanze e quindi, in particolare, lo specifico regime di imputazione soggettiva e le norme sul concorso di circostanze, sia esso omogeneo o eterogeneo. Se indice peculiare, non solo non si applica la disciplina delle circostanze, ma si deve ritenere che gli effetti indiretti trovino applicazione anche se non c'è stato l'aumento. Quest'ultima interpretazione è connessa quindi all'idea di una discrezionalità relativa al solo aumento (v. *supra*, § 7).

In sintonia con l'idea che ai fini della qualificazione come circostanza occorre attribuire valore determinante agli indici formali, v'è ormai pressoché totale accordo nel ritenere che la recidiva sia una circostanza propria per univoca indicazione legislativa: art. 99 comma 3, 69 comma 4, 70 comma 2 c.p. (72).

Essendo circostanza, per quanto riguarda l'im-

(64) BISORI, *La nuova recidiva*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251 a cura di GIUNTA, cit., 66. In giurisprudenza cfr. Cass. 21 novembre 2012, n. 49766, in *Mass. CED*, n. 254032.

(65) Parla di "equilibrio" BISORI, *La recidiva in sede di esecuzione*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, 47.

(66) Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2100.

(67) Cass., sez. un., 18 giugno 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 1957. Nello stesso senso CASSANO, *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, 36.

(68) Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2100.

(69) Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2101. Nello stesso senso, C. cost. 14 giugno 2007, n. 192, cit., 327. Non può essere accolto pertanto l'orientamento secondo cui, una volta ritenuta insussistente, sarebbe comunque indefettibile sottoporre la recidiva al giudizio di bilanciamento: cfr. Cass. 27 febbraio 2007, n. 18302, in *Mass. CED*, n. 236426.

(70) V. per tutti MARINUCCI e DOLCINI, *op. cit.*, 533; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 534; diffusamente, AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 75.

(71) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁶, Milano, 2003, 439; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 657; diffusamente, BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., 153.

(72) Nello stesso senso si sono espresse C. cost. 14

putazione soggettiva, nella prospettiva della maggiore colpevolezza, proprio perché la precedente condanna deve svolgere una funzione di monito rafforzato, è indispensabile che essa sia conosciuta in termini effettivi dal reo, non essendo sufficiente la mera conoscibilità (73). Al contrario, nella prospettiva della pericolosità sociale, si deve ritenere sufficiente la mera conoscibilità.

Inoltre, si è chiarito che le ipotesi monoaggravata, pluriaggravata e reiterata, comportando un aumento superiore a un terzo, sono circostanze ad effetto speciale, con la conseguenza che, ove ricorrano altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, vige la regola stabilita dall'art. 63 comma 4 c.p. dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di applicare un ulteriore aumento (74).

Infine, in presenza di un concorso eterogeneo, la recidiva entra nel bilanciamento. Tuttavia, ai sensi dell'art. 69 comma 4 c.p., è previsto un divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, ragion per cui, quando c'è da ritenere che queste ultime siano prevalenti, l'esito della comparazione è blindato nel senso dell'equivalenza. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa norma nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 t.u. stupefacenti possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata (75). Posto che l'illegittimità sembra derivare più dal particolare assetto normativo della determinazione della pena concernente il reato di cui all'art. 73 che dalla blindatura del bilanciamento, la Corte ha fatto leva soprattutto sulla violazione del principio di proporzionalità: « l'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69, quarto comma c.p. [...] attribuisce alla risposta punitiva i connotati di "una pena palesemente sproporzionata" » (76). E la soluzione non può che esser condivisa, anche perché la circostanza della lieve entità del fatto, avendo natura indipendente e quindi emancipandosi dal disvalore della fattispecie base, mette in risalto lo scarso contenuto offensivo del fatto circostanziato, svolgendo una funzione spiccata, "equitativa" (77).

giugno 2007, n. 192, cit., 326 ss.; Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2101.

(73) Sembra esprimersi in tal senso anche DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 32.

(74) Cass., sez. un., 24 febbraio 2012, n. 20798, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1368 ss.

(75) C. cost. 15 novembre 2012, n. 251.

(76) C. cost. 15 novembre 2012, n. 251, cit., punto 6 della motivazione.

(77) Per la permanenza di ulteriori dubbi di legittimità

Per completezza si deve ricordare che a volte la recidiva viene definita uno *status*. Se con tale espressione s'intende che la recidiva riguarda la personalità del reo, in un'ottica di maggiore pericolosità sociale, l'affermazione corrisponde al vero, ma non comporta conseguenze. Se invece s'intende che gli effetti indiretti si producono sulla sola base di una precedente condanna, si fa riferimento a un aspetto che in verità deriva dalla qualifica della recidiva come indice peculiare di commisurazione. Perché l'espressione acquisti autonomia, deve essere riferita a quel fenomeno, sul quale torneremo in seguito (v. *infra*, § 11), diretto ad attribuire rilevanza alla recidiva reiterata avente effetti indiretti in modo del tutto scollegato rispetto al reato per il quale si procede o si esegue la condanna.

9. Le ipotesi di recidiva e gli aumenti di pena.

— Nel descrivere le ipotesi di recidiva, è opportuno distinguere tra quelle "primarie" (c'è stata una condanna e si procede per un secondo delitto), quella reiterata (ci sono state due condanne e si procede per un terzo delitto) e quella obbligatoria (78).

Le ipotesi "primarie", tutte discrezionali, si distinguono in semplice, monoaggravata (specifica, infraquinquennale e vera) e pluriaggravata (v. *supra*, § 3). Rispetto alla monoaggravata specifica si pone soprattutto il problema di interpretare l'espressione « delitti della stessa indole » (79). Posto che ai sensi dell'art. 101 c.p. sono tali non soltanto quelli che violano una medesima disposizione di legge (identità formale ed astratta), ma anche quelli che per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinano presentano caratteri fondamentali comuni (identità concreta e sostanziale), rispetto a quest'ultima ipotesi si può distinguere tra un'interpretazione oggettiva, che attribuisce rilevanza alle modalità esecutive e ai risultati offensivi, e una interpretazione soggettiva, che invece dà rilevanza ai moventi e agli scopi del soggetto. È evidente che la prima interpretazione, permettendo di individuare gruppi "tipologici" omogenei di fattispecie astratte (ad esempio ingiuria, oltraggio, diffamazione, vilipendio), risponde a una *ratio* di maggiore colpevolezza, mentre un'interpretazione sog-

costituzionale rispetto alla disciplina tuttora vigente, sia consentito rinviare a BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., 22 s.

(78) Per un quadro dettagliato della disciplina cfr. BERTOLINO, *op. cit.*, 159 ss.; GATTA, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, I. Artt. 1-240, Milano, 2011, sub art. 99, 1448 ss.

(79) V., per tutti, BERTOLINO, *op. cit.*, 160 ss.

gettiva, che invece può raggruppare fattispecie del tutto eterogenee, è ancorata a una logica di maggiore pericolosità.

Per quanto riguarda la recidiva reiterata, ribadita la sua applicazione discrezionale (v. *supra*, § 7), il principale problema che si pone è se ai fini della sua sussistenza il soggetto debba essere stato dichiarato recidivo “primario” nella seconda sentenza di condanna. La maggioranza della giurisprudenza si è espressa in senso negativo (80). Di contrario avviso la dottrina: sarebbe un paradosso se « da una recidiva esclusa nella competente istanza possa, in un ulteriore episodio giudiziario, scaturire una contestazione di recidiva reiterata » (81). Dietro le due soluzioni vi sono in realtà due modi diversi di concepire la recidiva. Non richiedere la dichiarazione di recidivo “primario” nella seconda sentenza significa svilire il ruolo della condanna, valorizzare la mera reiterazione del reato e quindi concepire la recidiva in termini di maggiore pericolosità sociale. Al contrario, adottare la seconda soluzione significa attribuire un ruolo di doppio monito alla condanna e quindi concepire la recidiva in termini di colpevolezza (82): un primo monito deriva dalla prima condanna e un secondo ancor più rinforzato deriva dalla dichiarazione di recidiva contenuto nella seconda. Quest’ultima soluzione risulta preferibile, anche perché diversamente si finisce per concepire la recidiva “primaria” come obbligatoria sussistente sulla sola base di una precedente condanna. Quindi è nel giusto chi considera effetto indiretto della dichiarazione di recidiva “primaria” anche la sua idoneità a rilevare come presupposto per la dichiarazione di recidiva reiterata (83).

Un’attenzione particolare merita l’ipotesi di recidiva cosiddetta obbligatoria di cui al comma 5 (84). Anzitutto, risulta problematica l’individuazione della situazione tipica che comporta la sua

applicazione (85). Da un lato, si può ritenere che si tratti di una forma speciale di recidiva reiterata, relativa cioè all’ipotesi in cui il nuovo delitto rientra tra quelli previsti dall’art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. è commesso da chi è già stato dichiarato recidivo (86). Dall’altro lato, l’art. 99 comma 5 c.p. può essere riferito a ciascuna delle ipotesi previste dai commi precedenti. Pur comportando un’estensione dell’ambito applicativo, la seconda interpretazione, adottata anche dalla giurisprudenza (87), pare preferibile (88), in quanto lo stesso comma 5 sancisce che « nei casi indicati al secondo comma, [l’aumento] non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto ».

In secondo luogo, risulta oscura la *ratio*. Al di là del fatto che i delitti che danno luogo all’aumento obbligatorio sono individuati in modo sostanzialmente arbitrario, mediante il rinvio a una norma che seleziona siffatti delitti in funzione strettamente processuale per consentire una maggiore durata delle indagini preliminari (89), la questione è: perché la commissione di questi delitti dopo una sentenza di condanna dovrebbe comportare un aumento di pena per giunta obbligatorio? Una plausibilità di fondo potrebbe rinvenirsi nel particolare allarme sociale che questi delitti destano (90). Tuttavia tale argomentazione non può essere accolta, perché, oltre ad essere estranea ai fondamenti della recidiva, dà luogo all’ingresso di valutazioni generalpreventive nella commisurazione della pena. Soltanto ai fini di una maggiore colpevolezza la norma sembra acquistare un minimo di razionalità. Posto che la tipologia del delitto non ha alcun rilievo se riferita soltanto a quello nuovo, al contrario assume qualche rilevanza se riguarda entrambi o il primo: nel primo caso il comma 5 prevede una sorta di ipotesi

ribadito in molte pronunce della Corte costituzionale: v. per tutte C. cost. 14 giugno 2007, n. 192, cit., 327.

(85) Sul punto, v. GATTA, in *Codice penale commentato*³ a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., *sub* art. 99, 1460.

(86) Così, Cass. 11 giugno 2009, n. 27599, in *Mass. CED*, n. 244668; FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, cit., 457, salvo poi precisare che l’obbligatorietà si estenderebbe alla recidiva monoaggravata per il richiamo del comma 5 al comma 2 dell’art. 99.

(87) Cass. 15 novembre 2012, n. 48655, in *Mass. CED*, n. 254560.

(88) ROMANO e GRASSO, in *Id.*, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., *sub* art. 99, 104; GATTA, *op. ult. cit.*, 1461 s.

(89) Sul punto v. PADOVANI, in *L. 5 dicembre 2005*, n. 251. *Commento*, cit., *sub* art. 4, 451; ROMANO e GRASSO, *op. cit.*, 103 s.; GATTA, *op. ult. cit.*, 1455 s.

(90) Sul punto, ancorché in termini critici, v. per tutti ROMANO e GRASSO, *op. cit.*, 104.

(80) Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., 2102, secondo la quale dalla lettura dell’art. 99 comma 4 c.p. emergerebbe evidente che il termine « recidivo » è stato usato dal legislatore per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel comma 1 dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata; Cass. 7 maggio 2010, n. 18701, in *Mass. CED*, n. 247089; Cass. 25 settembre 2008, n. 41288, *ivi*, n. 241598.

(81) PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 304; nonché BISORI, *La nuova recidiva*, cit., 54. Esprime dubbi sull’orientamento della giurisprudenza anche CASSANO, *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità*, cit., 34.

(82) BERTOLINO, *op. cit.*, 165.

(83) Così GATTA, *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Il libro dell’anno del Diritto* 2012, cit., 5.

(84) Il carattere obbligatorio di questa ipotesi è stato

speciale di delitti della stessa indole concepita in termini oggettivi; nel secondo la condanna risulta idonea a esercitare un monito rafforzato in ragione del particolare disvalore del reato che ha ad oggetto.

Anche alla luce di queste considerazioni, si deve affrontare il problema se, per l'operatività del comma 5, debba rientrare nell'elenco di cui all'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. solo il delitto oggetto della precedente condanna oppure solo il nuovo delitto che comporta la recidiva oppure indifferentemente l'uno o l'altro oppure entrambi. La prevalente giurisprudenza di legittimità si è espressa nel senso che è il nuovo delitto a dover essere incluso nel catalogo (91). Per un orientamento minoritario di merito, invece, nell'elenco devono rientrare entrambi i delitti (92). Anche la Corte costituzionale non si è espressa univocamente sul punto (93). A nostro avviso, si deve optare per l'orientamento minoritario, poiché, come visto, è l'unico che può giustificare l'aumento in termini di maggiore colpevolezza (94).

D'altra parte, proprio questa conclusione getta ombre ulteriori sulla legittimità dell'obbligatorietà, la quale è da ritenersi in termini generali incompatibile con una *ratio* sia di maggiore colpevolezza che di maggiore pericolosità sociale (95): se è vero che « le presunzioni assolute [...] violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati » e che « l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa » (96), non v'è dubbio che l'obbligatorietà impedisce di prendere in considerazione quella molteplicità di fattori concreti che possono contraddire la presunzione di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità.

Come accennato, l'aumento per la recidiva semplice, pluriaggravata e reiterata è fisso: rispettivamente, di un terzo, della metà, della metà o di

due terzi, a seconda che il caso rientri nel comma 1 o nel comma 2. Per la recidiva monoaggravata, essendo l'aumento discrezionale « fino alla metà », si è posto il problema di individuare il limite minimo (97). Per alcuni tale limite non esisterebbe (98), per altri, invece, al fine di evitare che l'aumento per la monoaggravata possa essere inferiore a quello per la semplice, dovrebbe partire da « un terzo » (99). Quest'ultima interpretazione, pur essendo contraddetta dalla lettera del comma 5, risulta comunque preferibile per evitare gli esiti manifestamente incongruenti della prima.

In ordine agli aumenti obbligatori, il giudice delle leggi ha ritenuto tale disciplina costituzionalmente legittima (100). Muovendo dal presupposto che la tendenziale contrarietà delle pene fisse al « volto costituzionale » dell'illecito penale debba intendersi riferita a quelle nel loro complesso e non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, la Corte ha affermato che, là dove la recidiva è stata ritenuta esistente, al fine di non irrogare una pena sproporzionata, il giudice può compensare la fissità dell'aumento per la recidiva in sede di commisurazione in senso stretto (101). Tuttavia, in questo modo il trasferimento « a monte » di spazi di discrezionalità porta a vere e proprie storture del sistema, visto che si viene a delineare una sorta di commisurazione della pena globale, in cui si annulla del tutto la distinzione tra circostanze proprie e improprie (102).

10. Ipotesi speciali di recidiva (cenni). — Che la recidiva sia un istituto fortemente attratto dalla prospettiva della pericolosità sociale, a volte secondo una lettura che addirittura valorizza più la prevenzione generale che quella specialpreventiva, trova una conferma nelle ipotesi cosiddette speciali di recidiva. Praticamente scomparse con la codificazione del 1930, esse ricompaiono a partire dall'inizio degli anni Settanta del secolo scorso in tutti quei settori in cui l'ordinamento vuol dare un messaggio di « lotta » serrata a fenomeni criminosi che suscitano particolare allarme sociale e si riten-

(91) Cass., sez. un., 24 febbraio 2012, n. 20798, cit., 1368; Cass. 23 settembre 2010, n. 36218, in *Mass. CED*, n. 248289; Cass. 12 novembre 2009, n. 46875, *ivi*, n. 246254.

(92) Trib. Milano 24 novembre 2006, in *Foro ambr.*, 2006, 406.

(93) Nel senso del solo nuovo reato C. cost. 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. cost.*, 2011, 2359 ss.; nel senso di entrambi i reati, C. cost., ordinanza, 29 maggio 2009, n. 171, *ivi*, 2009, 1906.

(94) Nello stesso senso v. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 78 s.; di avviso contrario, ROMANO e GRASSO, *op. cit.*, 105.

(95) In arg. cfr. anche GATTA, *op. ult. cit.*, 1458.

(96) C. cost. 10 giugno 2011, n. 183, cit., 2372.

(97) In arg., v. CARUSO, *Recidiva*, cit., 1043.

(98) CORBETTA, *op. cit.*, 67.

(99) MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 180.

(100) C. cost., ordinanza, 4 aprile 2008, n. 90, in *Giur. cost.*, 2008, 1100; C. cost., ordinanza, 4 aprile 2008, n. 91, *ivi*, 2008, 1107 ss.

(101) Cfr. C. cost., ordinanza, 4 aprile 2008, n. 91, cit., 1113 s.

(102) In arg., LEO, *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, cit., 176.

gono suscettibili di reiterazione. Così, rispetto ad alcune fattispecie codicistiche o inserite nella legislazione speciale, si prevedono discipline della recidiva “derogatorie” rispetto a quella prevista dall’art. 99 c.p. (103), potendosi distinguere tra le ipotesi che rendono peculiari soltanto le conseguenze sanzionatorie e quelle che invece incidono sulla struttura.

Sotto il primo profilo, al di là di quelle relative ad alcuni delitti (104), una menzione particolare merita l’art. 52 comma 3 d. lg. n. 274 del 2000, il quale sancisce che, per i reati di competenza del giudice di pace puniti alternativamente con la pena pecuniaria o la permanenza domiciliare (art. 52 comma 2), nei casi di recidiva reiterata infraquinquennale il giudice applica soltanto la permanenza domiciliare, salvo che sussistano circostanze attenuanti equivalenti, nel qual caso si tornerà a poter scegliere se applicare la pena pecuniaria o la permanenza domiciliare (105).

Sotto il secondo profilo, oltre alle disposizioni che rendono applicabile la recidiva a delitti colposi (106) e a contravvenzioni (107) in deroga a quanto stabilito dall’art. 99 comma 1 c.p., si deve rammentare che in tema di contrabbando sono previste due ipotesi di recidiva specifica semplice e reiterata (art. 296 commi 1 e 2 l. dog.) (108), che si considerano obbligatorie (109). Nel senso dell’obbligatorietà si è espressa anche la Corte costituzionale che, nel ritenere legittima tale disciplina, ne ha individuato la *ratio* nelle « particolari caratteristiche del reato stesso che postulano [...], per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela par-

ticolarmente efficace » (110). Tuttavia, proprio alla luce di queste considerazioni — di per sé, a dire il vero, poco plausibili, perché a ben vedere ispirate a istanze generalpreventive —, vi sono fondate ragioni per ritenere che si tratti di ipotesi facoltative, in quanto l’affermazione della natura obbligatoria di quelle due sole ipotesi può condurre a risultati irragionevoli: se infatti il comma 3 dell’art. 296 l. dog. stabilisce che, al di fuori delle particolari ipotesi di recidiva specifica di cui ai primi commi, la recidiva in materia di contrabbando è disciplinata secondo le regole generali dell’art. 99 c.p., si finisce per negare l’obbligatorietà della recidiva quando il nuovo delitto di contrabbando risulta addirittura più grave, perché punito con la reclusione congiunta alla multa (111). E, tra l’alternativa di considerare tutte le ipotesi obbligatorie o tutte facoltative, senza dubbio è preferibile questa seconda soluzione per le ragioni già viste (v. *supra*, § 7 e *infra*, § 11).

Tutte queste ipotesi di recidiva speciale suscitano non poche perplessità, non solo perché, a ben vedere, non esistono ragioni sostanziali che ne giustificano la disciplina derogatoria, ma anche perché, essendo già coperte dall’ipotesi generale, spesso esprimono mere istanze generalpreventive.

Ma quando si parla di ipotesi speciali, l’aspetto che deve essere messo in evidenza è soprattutto un altro, e cioè che la recidiva è stata prevista anche all’interno dei nuovi sottosistemi punitivi che negli ultimi decenni sono stati affiancati al diritto penale “tradizionale”. Così, l’art. 8-bis l. n. 689 del 1981 prevede una disciplina molto dettagliata della “reiterazione delle violazioni” punite con sanzioni amministrative; mentre nel sistema della responsabilità punitiva degli enti la “reiterazione di illeciti”, che si ha quando l’ente, già condannato in via definitiva, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva, è condizione per l’applicazione delle sanzioni interdittive (rispettivamente art. 20 e 13 comma 1 lett. b d. lg. 8 giugno 2001, n. 231).

Ebbene, se da un lato si può avere l’impressione che all’interno di questi sottosistemi la recidiva tenda ad assumere connotati non solo obbligatori, ma anche marcatamente oggettivi, identificandosi nella sostanza con la mera reiterazione criminosa, dall’altro lato, però, ciò sembra valere soprattutto per la recidiva nel sistema della responsabilità amministrativa e non anche in quello punitivo degli enti. Rispetto a quest’ultimo, infatti,

(103) Per un esame dettagliato delle varie ipotesi, cfr. GENTILE DONATI, *La recidiva*, Padova, 2012, 87 ss.

(104) V. deturpamento e imbrattamento di cose altrui (art. 639 comma 3 c.p.); frode nell’esercizio del commercio, vendita di sostanze alimentari non genuine, vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517-bis c.p.); maltrattamenti di animali, divieto di spettacoli e di combattimenti tra animali (art. 544-sexies c.p.).

(105) In arg. sia consentito rinviare a BARTOLI, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*² a cura di PALAZZO e PALIERO, Padova, 2007, sub art. 52 d. lg. n. 274 del 2000 (*Giudice di pace*), 1571.

(106) Cfr. ad esempio art. 224-bis comma 2 d. lg. 30 aprile 1992, n. 285, che disciplina la recidiva rispetto ai delitti colposi commessi con violazione delle norme del codice della strada.

(107) Cfr. ad esempio art. 186 comma 2 lett. c d. lg. n. 285 del 1992, che disciplina la recidiva rispetto alla guida in stato di ebbrezza.

(108) Per i dettagli della disciplina, cfr. GATTA, in *Codice penale commentato*³ a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., sub art. 99, 1470.

(109) MAGLIO e GIANNELLI, *Aspetti sostanziali e processuali della recidiva in contrabbando*, in *Riv. pen.*, 1998, 419.

(110) Cfr. C. cost. 12 gennaio 1977, n. 5, in *Giur. cost.*, 1975, 25.

(111) V. ampiamente GATTA, *op. ult. cit.*, 1471.

si deve ritenere che la reiterazione sia frutto di una struttura organizzativa dell'ente particolarmente impermeabile a una cultura d'impresa rispettosa della legalità, giustificandosi così l'impiego delle misure interdittive, le quali, come si ricorderà, non trovano applicazione se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente ha — tra l'altro — eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato. In buona sostanza, la recidiva, che è espressione di una organizzazione d'impresa incline a delinquere, diviene una di quelle condizioni che danno vita ad un meccanismo premiale finalizzato proprio ad incidere sulla organizzazione dell'ente per farvi penetrare una cultura della legalità.

11. Gli effetti indiretti. — La recidiva di cui all'art. 99 c.p. produce anche una pluralità di effetti indiretti che escludono o restringono l'applicazione di una serie di istituti favorevoli al reo.

Prima di esaminare le singole ipotesi, occorre affrontare due problematiche a carattere "generale". Anzitutto, si deve osservare che gli effetti indiretti, se da un punto di vista "statico" incidono su istituti dislocati in sede di commisurazione, di punibilità, di esecuzione e processuale, da un punto di vista "dinamico" riguardano istituti che operano nel corso del procedimento sulla base della mera contestazione oppure, una volta che la recidiva è stata ritenuta sussistente, al momento della commisurazione ovvero in sede di esecuzione. Ebbene, quando gli istituti operano nel corso del procedimento (si pensi ad esempio alla prescrizione del reato o alle misure cautelari), si pone il problema se gli effetti indiretti si producano sulla base della sola contestazione oppure se sia comunque necessaria una dichiarazione del giudice in ordine alla sussistenza della recidiva. Tale problema sorge in considerazione del carattere discrezionale della recidiva e preferibile risulta la seconda soluzione, poiché altrimenti si tornerebbe a concepire la recidiva come obbligatoria (112).

(112) In arg., in tema di prescrizione del reato, v. Cass. 7 luglio 2010, n. 43771, in *Mass. CED*, n. 248714, dove si è affermato che « quando il giudice abbia escluso la circostanza aggravante facoltativa della recidiva reiterata, non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato, la predetta circostanza deve ritenersi influente anche ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato ». In tema di misure cautelari o precautelari, v. Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 17386, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalcontemporaneo.it, 13 maggio 2011, 15, la quale afferma che « la natura facoltativa della recidiva reiterata induce ad escludere che della stessa debba tenersi conto nel computo

In secondo luogo, un'attenzione particolare deve essere riservata agli effetti indiretti della recidiva reiterata, in quanto è discusso se essi si producano rispetto al quarto delitto allorché la dichiarazione è contenuta in una terza condanna precedente oppure in ordine al terzo delitto per il quale si sta procedendo o si è ottenuta una seconda condanna (113).

La prima soluzione, se restringe la portata degli effetti indiretti, in quanto trovano applicazione rispetto all'ipotesi statisticamente meno frequente del quarto reato, tuttavia riduce la recidiva reiterata a un vero e proprio *status* soggettivo. La seconda soluzione, invece, se amplia la portata degli effetti, consente però di concepire la recidiva reiterata come una circostanza. La prima soluzione non sembra accoglibile. Anzitutto, perché può comportare la violazione del principio del *ne bis in idem*, visto che la stessa dichiarazione contenuta nella seconda condanna può operare due volte, rispetto sia al terzo delitto a cui si riferisce che al quarto. Inoltre, « il surplus di sanzione, non più catalogabile come inasprimento dovuto alla gravità soggettiva del fatto, conseguirebbe esclusivamente ad una *condizione personale*, irrilevante per la determinazione della pena del singolo fatto, ma presuntivamente assunta quale indice di pericolosità personale, comportante automatici e predeterminati effetti punitivi intesi alla sola neutralizzazione di quella presunta pericolosità. Di tal che la pena aggiunta [...] assumerebbe tendenzialmente i connotati di un'atipica misura di sicurezza » (114). D'altra parte, l'accoglimento della seconda soluzione produce la conseguenza paradossale che dal quarto delitto in poi (terza condanna), quando cioè la carriera criminale del soggetto è divenuta davvero significativa, non possono più trovare applicazione i suddetti limiti e preclusioni.

della pena editale ai fini dell'arresto in flagranza e, più in generale, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, essendo consentito al giudice di negare la rilevanza aggravatrice della recidiva reiterata ».

(113) Così, riguardo alla prescrizione della pena, v. Cass. 26 maggio 2010, n. 23878, in *Mass. CED*, n. 247673; tuttavia, di contrario avviso, v. Cass. 16 marzo 2006, n. 11348, *ivi*, n. 233469. Riguardo al reato continuato, cfr. Cass. 1° luglio 2010, n. 31735, *ivi*, n. 248095; di contrario avviso, Cass. 24 gennaio 2011, n. 9636, *ivi*, n. 249513.

(114) BISORI, *La nuova recidiva*, cit., 79; PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalcontemporaneo.it, 30 dicembre 2010, 36. Nello stesso senso sembra esprimersi anche C. cost., ordinanza, 6 giugno 2008, n. 193, in *Giur. cost.*, 2008, 2229 s.; nonché, Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit. *supra*, nt. 51, 2102 s.

12. *Gli effetti indiretti nell'ambito della commisurazione della pena.* — Per quanto riguarda gli effetti indiretti in sede di commisurazione, la recidiva reiterata, oltre ad operare nel concorso di circostanze (v. *supra*, § 8), anzitutto incide, in relazione ai delitti previsti dall'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p., sull'accertamento delle attenuanti generiche, precludendo al giudice, mediante una presunzione assoluta, la possibilità di prendere in considerazione l'intensità del dolo e gli indici previsti dall'art. 133 comma 2 c.p. (art. 62-*bis* comma 2 c.p.) (115). Se la preclusione si ispirasse alla maggiore colpevolezza, ammesso e non concesso che sussista un legame tra recidiva e intensità dell'elemento soggettivo, senza dubbio tale legame sarebbe da escludere tra recidiva e indici della capacità a delinquere, ponendosi così problemi di razionalità complessiva della norma, prima ancora che di legittimità derivanti dalla presunzione assoluta. Per dare un fondamento razionale alla disposizione, la preclusione non può che ispirarsi alla maggiore pericolosità sociale, ponendo però stavolta problemi di legittimità rispetto alla presunzione. E proprio in quest'ultima prospettiva il Giudice delle leggi ha dichiarato la norma in contrasto con la Costituzione nella parte in cui vieta di riconoscere le attenuanti generiche al recidivo reiterato in base al comportamento tenuto dopo la commissione del reato, sia perché la preclusione impedisce di prendere in considerazione profili che tuttavia possono essere valutati a favore del reo, sia perché nel caso specifico lo stesso comportamento successivo che non si dovrebbe apprezzare può essere espressione di un "sintomo" di rieducazione che contraddice la stessa valutazione di pericolosità sociale che sta alla base della recidiva (116).

In secondo luogo, sempre la recidiva reiterata incide sul calcolo del cumulo giuridico, comportando rispetto all'aumento fino al triplo un minimo edittale di un terzo della pena stabilita per il reato più grave (art. 81 comma 4 c.p. e, rispetto alla fase esecutiva, art. 671 comma 2-*bis* c.p.p.). Questa disposizione può essere letta in due modi

(115) V. per tutti MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251 a cura di GIUNTA, cit., 182 ss.

(116) C. cost. 7 giugno 2011, n. 183, cit., 2359 ss. In ordine al permanere di ulteriori profili di illegittimità costituzionale, cfr. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2383; nonché, BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., 22.

diversi (117). Se interpretata nel senso che la dichiarazione di recidiva reiterata deve riguardare i reati oggetto del procedimento, essa è compatibile con una *ratio* di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità legata al singolo reato, ancorché inserito in un programma criminoso, ed ha come scopo quello di avviare a una prassi applicativa, connessa all'individuazione del reato più grave in astratto, volta a non prendere in considerazione le circostanze relative ai reati satellite: poiché la pena di questi ultimi non viene commisurata, le circostanze — compresa la recidiva — restano sospese nel vuoto e spesso del tutto trascurate (118). Diversamente, se viene interpretata nel senso che la dichiarazione deve essere contenuta in una sentenza precedente (119), la disposizione in esame si orienta nel senso della maggiore pericolosità sociale in virtù dell'accentuata proclività a delinquere del reo. Posto che l'inconveniente della mancata presa in considerazione della recidiva e, più in generale, delle circostanze relative ai reati satellite potrebbe essere risolto individuando "in concreto" la violazione più grave (120), preferibile resta comunque la prima interpretazione (121), poiché la seconda, attribuendo rilevanza alla recidiva reiterata in quanto *status*, rende il soggetto responsabile per un qualcosa che in realtà non è in grado di dominare (v. *supra*, § 11). Inoltre, la seconda interpretazione finisce per rendere la recidiva incompatibile con la continuazione: nel momento in cui la rilevanza della recidiva è spostata dal singolo reato all'intera programmazione, la maggiore pericolosità sociale del reo finisce per neutralizzare il minore disvalore derivante dall'elaborazione del medesimo disegno criminoso.

13. *Gli effetti indiretti nell'ambito della punibilità.* — La qualifica di recidivo reiterato, in quanto circostanza ad effetto speciale, determina un innalzamento dei tempi di prescrizione del reato (art. 157 comma 2 c.p.) (122). La norma

(117) In arg. sia consentito rinviare a BARTOLI, in *L. 5 dicembre 2005*, n. 251. *Commento*, cit., *sub* art. 5, 456 ss.

(118) Prima della riforma cfr. Cass. 11 marzo 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 1034.

(119) CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 82.

(120) Tuttavia, ancora in senso contrario, di recente, cfr. Cass., sez. un., 28 febbraio 2013, n. 25939, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1296 ss.

(121) BISORI, *op. ult. cit.*, 78; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 185; CARUSO, *Recidiva*, cit., 1057 s. Nello stesso senso, C. cost., ordinanza, 6 giugno 2008, n. 193, cit., 2229.

(122) Assai discussa la razionalità di questa disposizione, v. per tutti PADOVANI, *Una novella piena di contraddi-*

sembra rispondere a una *ratio* di maggior colpevolezza: se infatti la prescrizione del reato è connessa allo scemare delle esigenze di prevenzione generale in ragione del trascorrere del tempo (123) e queste esigenze accrescono con l'aumentare della gravità del reato, poiché la recidiva concepita in chiave di maggiore colpevolezza incide sul disvalore del reato, è plausibile che essa dilati i termini della prescrizione.

A una *ratio* di maggiore pericolosità sociale sembra invece rispondere la rilevanza della recidiva reiterata ai fini dell'interruzione della prescrizione del reato (art. 161 comma 2 c.p.). Se infatti è vero che nel contesto dell'interruzione della prescrizione la gravità del reato e quindi la recidiva in chiave di colpevolezza non possono avere alcun significato, venendo in gioco soltanto atti di natura processuale (124), tuttavia è anche vero che la persistenza dell'interesse punitivo dello Stato può essere connessa alla particolare carriera criminale del soggetto che presenta spunti di qualificata pericolosità (125).

Ragionamento analogo deve essere fatto per l'incremento del tempo derivante dalla recidiva ai fini della prescrizione della pena (art. 172 comma 7 c.p.). Questo istituto si giustifica prevalentemente in termini di prevenzione speciale, per cui con il decorrere del tempo il reo tende ad essere una persona diversa rispetto a quella presa in considerazione al momento della condanna (126). D'altra parte, il recidivo, soprattutto se reiterato, non solo si rivela particolarmente bisognoso di rieducazione o risocializzazione, o comunque maggiormente pericoloso, ma vi sono fondate ragioni per ritenere che, in virtù della persistente carriera criminale, tale personalità tenda a restare immutata.

Alla maggiore pericolosità sociale si ispirano anche le preclusioni relative all'amnistia (art. 151 comma 5 c.p.) e all'indulto (art. 174 comma 3

c.p.). Trattandosi infatti di istituti di clemenza, ancorché generalizzata, si deve ritenere che la loro applicazione sia esclusa rispetto a soggetti la cui carriera criminale ne testimonia la sostanziale "immeritevolezza".

Alla stessa stregua, l'innalzamento del tempo necessario per ottenere la riabilitazione (art. 179 comma 2 c.p.) non può che essere letto in chiave di maggiore pericolosità sociale: posto infatti che il decorso del tempo è connesso alla buona condotta, il legislatore tende a prevedere un periodo più lungo per il recidivo, proprio al fine di ottenere una prova più significativa da parte di un soggetto rispetto al quale esiste una comprovata resistenza ad adattarsi alle pretese dell'ordinamento.

Un discorso particolare deve essere fatto per la sospensione condizionale della pena (127). A ben vedere, infatti, la disposizione non parla di recidiva, bensì di persona che ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto. Al di là dei problemi di coordinamento di questa disposizione con la possibilità di concedere la sospensione per due volte, l'esclusione dei condannati dalla fruizione dell'istituto sembra basarsi su una prognosi di non recidiva negativa presuntiva in termini di intimidazione speciale: poiché una condanna non ha trattenuto il reo dal commettere ulteriori reati, si deve ritenere che per tale reo anche la minaccia dell'esecuzione di una pena non riesca ad avere efficacia deterrente. Inoltre, si deve ricordare che, nell'affrontare la questione di legittimità dell'art. 164 c.p., là dove impedisce di concedere per la terza volta la sospensione dell'esecuzione, sempre che il cumulo delle pene non superi il tetto dei due anni, la Corte costituzionale ha ritenuto la presunzione ragionevole, in quanto, una volta che va oltre la recidiva primaria, la prognosi di non recidiva diviene sempre meno plausibile (128).

Infine, la disposizione che non ammetteva all'oblazione discrezionale l'imputato dichiarato recidivo reiterato (art. 162-bis comma 3 c.p.: si noti, ipotesi certa di recidiva come *status*) risulta oggi tacitamente abrogata, non essendo più possibile riferire la recidiva alle contravvenzioni (129) o comunque risulta applicabile alle ipotesi cosid-

zioni che introduce disparità inaccettabili, in Guida al diritto, 2006, dossier n. 1, 36; MELCHIONDA, *op. ult. cit.*, 186; BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., 174. Senza tuttavia entrare nel merito della questione, cfr. anche C. cost., ordinanza, 6 febbraio 2009, n. 34, in *Giur. cost.*, 2009, 265 ss.

(123) Sul punto cfr. ROMANO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III. Art. 150-240, Milano, 2011, sub art. 157, 62.

(124) Sul punto cfr. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 173.

(125) ROMANO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 160, 116.

(126) Cfr. PADOVANI, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 172, 239 s.

(127) In arg. v. per tutti PADOVANI, *op. ult. cit.*, 162 ss.

(128) C. cost. 30 luglio 1980, n. 133, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1132 ss.; C. cost. 18 luglio 1991, n. 361, in *Cass. pen.*, 1992, 595 ss.; C. cost., ordinanza, 16 novembre 1993, n. 393, in *Giur. cost.*, 1993, 3318 ss.

(129) V. per tutti PADOVANI, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 162-bis, 146.

dette speciali che eventualmente derogano all'art. 99 c.p. nella parte in cui si riferisce ai soli delitti.

14. Gli effetti indiretti in sede esecutiva e processuale. — Per quanto riguarda gli istituti che operano in sede di esecuzione, anzitutto la recidiva monoaggravata, la pluriaggravata e la reiterata comportano un innalzamento dei limiti di pena che il condannato deve aver scontato ai fini della concessione della liberazione condizionale (art. 176 comma 2 c.p.). Tale innalzamento sembra dipendere da esigenze di mera retribuzione connesse alla gravità del reato, e quindi a una lettura della recidiva in chiave di maggiore colpevolezza.

In secondo luogo, la riforma del 2005 ha previsto che la recidiva reiterata escluda o restringa l'ambito applicativo di alcuni istituti disciplinati dalla legge sull'ordinamento penitenziario. Tuttavia, una parte di queste disposizioni, al fine di ridurre il fenomeno del sovraffollamento carcerario, sono state abrogate dall'art. 2 d.l. n. 78 del 2013, convertito con modificazioni in l. n. 94 del 2013 (130).

In particolare, restano tuttora vigenti le seguenti disposizioni. La nuova ipotesi di detenzione domiciliare per chi ha compiuto i settanta anni di età non può essere applicata a chi è stato condannato con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p. (art. 47-ter comma 01 ord. penit.). Si tratta dell'unica ipotesi in cui il legislatore ha fondato il meccanismo restrittivo sullo *status* soggettivo del condannato, come reso evidente dall'esplicita condizione che si tratti di soggetto che non sia mai stato condannato con la recidiva, ancorché semplice (131). Inoltre, i permessi premio possono essere concessi al recidivo reiterato a seguito di un'espiazione della pena più lunga (art. 30-quater ord. penit.). Infine, è stato mantenuto il divieto di seconda concessione al recidivo reiterato dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà di cui all'art. 58-quater comma 7-bis ord. penit. Posto che il limite non può essere riferito alla stessa vicenda esecutiva, nel senso che il divieto precluderebbe più concessioni per il medesimo fatto per cui è stata dichiarata la recidiva, e ciò perché lo stesso art. 58-quater comma 3 stabilisce una regola del tutto analoga in caso di revoca del beneficio; tuttavia suscita parimenti perplessità l'idea che il

divieto riguardi la persona del recidivo, indipendentemente dall'applicazione della recidiva al reato per il quale vi è esecuzione, e ciò perché è la stessa idea di *status* a non convincere (v. *supra*, § 10). Tale norma è stata quindi interpretata nel senso che il divieto di seconda concessione della misura alternativa opera soltanto quando il delitto non colposo espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo aver fruito di una misura alternativa concessa in esecuzione di una pena a sua volta inflitta con applicazione dell'aggravante della recidiva reiterata (132): soltanto questa interpretazione « farebbe venire meno il rischio di una irragionevole preclusione in danno del soggetto che, pur essendo stato condannato con applicazione della predetta aggravante, si trovi nelle condizioni di poter essere valutato dal giudice come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo, che non può ritenersi escluso a priori, per effetto di una astratta previsione normativa » (133).

Sono stati invece abrogati l'art. 47-ter commi 1.1 e 1-bis, secondo periodo, ultimo inciso, e l'art. 50-bis ord. penit.: la prima disposizione prevedeva che la detenzione domiciliare cosiddetta umanitaria (art. 47-ter comma 1 ord. penit.) potesse essere concessa se la pena detentiva inflitta, anche se costituente parte residua di maggior pena, non superava i tre anni, anziché i quattro; la seconda sanciva l'inapplicabilità della detenzione domiciliare cosiddetta generica ai recidivi reiterati; l'ultima disposizione prevedeva che la semilibertà per le pene detentive di cosiddetta lunga durata (art. 50-bis ord. penit.) potesse essere concessa a chi era stata applicata la recidiva reiterata, soltanto dopo l'espiazione dei due terzi della pena (in luogo della metà) ovvero dei tre quarti (in luogo dei due terzi) se si trattava di un condannato per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit. La *ratio* di queste preclusioni e limitazioni sembrava riposare su una valutazione di maggiore pericolosità del condannato recidivo. Se però si considera che la stessa concessione degli istituti penitenziari sui quali incide la recidiva reiterata è subordinata a una prognosi di non recidiva (cfr. art. 47-ter comma 1-bis, art. 49 comma 4 ord.

(132) Per questa lettura cfr. sempre BISORI, *op. ult. cit.*, 134 s.

(133) C. cost. 8 ottobre 2010, n. 291, in *Giur. cost.*, 2010, 3766 ss., con nota di RENOLDI, *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, ivi, 3775 ss.; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1873 ss., con nota di FIORENTIN e DELLI PRISCOLI, "Tre colpi e sei fuori": una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena, ivi, 1879 ss.

(130) Per un primo commento alla riforma, cfr. FIORENTIN, *Un primo passo verso la riforma dell'ordinamento nella direttiva tracciata dal Piano sui nuovi istituti*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 29, 36 ss.

(131) BISORI, *La nuova recidiva*, cit., 125.

penit.), si deve ritenere che tali limiti e preclusioni non fossero altro che presunzioni assolute di pericolosità sociale (134). È quindi da accogliere con enorme favore la loro abrogazione, mentre suscita forti perplessità il mantenimento delle altre.

Pur sposando implicitamente l'idea che le norme sull'ordinamento penitenziario non hanno carattere sostanziale e sono quindi soggette al principio *tempus regit actum* (135), la Corte costituzionale ha precisato che tutte le limitazioni operanti in sede esecutiva non si applicano a quei condannati che, alla data di entrata in vigore della legge, hanno raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, poiché altrimenti finirebbero per tradursi in un incoerente arresto dell'*iter* trattamentale, in violazione del principio di rieducazione della pena (136).

In ambito processuale, soppresso l'art. 656 comma 9 lett. c c.p.p. (art. 1 d.l. n. 78 del 2013), che, in virtù di un ingiustificato accanimento meramente vessatorio (137), vietava la sospensione automatica dell'esecuzione nei confronti del condannato al quale era stata applicata la recidiva reiterata, quest'ultima oggi esclude soltanto l'applicazione del patteggiamento allargato. Senza dubbio, sarebbe stata più opportuna una diminuzione della riduzione di pena e non la totale preclusione, visto che tale riduzione, pur implicando un "beneficio", svolge una funzione di incentivo compensativo nella cornice di pena comunque congrua. La preclusione soggettiva sembra pertanto rivelare la "cattiva coscienza" di un legislatore consapevole del fatto che le condizioni generali di contesto (l'emergenza deflattiva e l'incombere della prescrizione) spingeranno per un uso della negoziabilità in senso clemenziale (138). E in questa prospettiva si è espressa anche la Con-

sulta, che, nel riconoscere la legittimità costituzionale della preclusione, ha osservato come essa svolga una funzione non manifestamente irrazionale di "riequilibrio" della scelta del legislatore di dilatare il perimetro della giustizia negoziata (139).

15. Problemi di razionalità del sistema. — La disciplina della recidiva nel suo complesso presenta un profilo di irrazionalità di notevolissimo rilievo. Posto che la valutazione dell'esistenza della recidiva ai fini degli effetti diretti è identica a quella relativa agli effetti indiretti (v. *supra*, § 5), noi abbiamo visto come, se da un lato la maggioranza degli effetti indiretti si ispira ad una maggiore pericolosità sociale (v. *supra*, § 12, 13 e 14), tuttavia, dall'altro lato, per rispettare il principio di proporzione in sede di effetti diretti, la recidiva si debba ispirare alla maggiore colpevolezza (v. *supra*, § 5). Se così stanno le cose, delle due l'una: o per rispettare il principio di proporzione in sede di commisurazione si mantiene ferma l'idea che gli effetti diretti conseguono a una *ratio* della recidiva ispirata alla maggiore colpevolezza, ma allora, proprio perché la valutazione che si compie in ordine alla sua esistenza rileva anche ai fini degli effetti indiretti, si deve concludere che la valutazione di maggiore colpevolezza opera anche rispetto a istituti che invece si ispirano a una valutazione di maggiore pericolosità sociale; oppure, per "salvare" la razionalità del sistema e mantenere un legame tra la valutazione ai fini degli effetti diretti e quella relativa agli effetti indiretti, si interpreta la recidiva con effetti diretti in chiave di maggiore pericolosità sociale, ma allora sarà quest'ultima interpretazione a valicare i limiti tracciati dal principio di proporzione e a porsi in contrasto con la Costituzione.

Per rimediare a questa irrazionalità, occorrerebbe senz'altro un intervento del legislatore (v. *infra*, § 16). Tuttavia c'è da chiedersi se non si possa operare già a livello interpretativo. In questa prospettiva, ogni volta che viene in gioco la recidiva avente effetti indiretti ispirata ad esigenze di maggiore pericolosità sociale, si potrebbe attribuire al giudice il potere di valutare in concreto la pericolosità del recidivo. Ciò aprirebbe il sistema sanzionatorio a una struttura sostanzialmente bifasica soprattutto se un giorno si decidesse di attribuire di nuovo ampia rilevanza agli effetti

(134) Sul punto v. BISORI, *op. ult. cit.*, 126 (in ordine alla detenzione domiciliare) e 129 (in ordine alla semilibertà).

(135) Per una critica di tale orientamento v. per tutti BISORI, *La recidiva in sede di esecuzione*, cit., 45.

(136) C. cost. 4 luglio 2006, n. 257, in *Giur. cost.*, 2006, 2713, con nota di LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irreversibilità della legge penale*, ivi, 2720 ss., sentenza in tema di permessi premio; nonché C. cost. 16 marzo 2007, n. 79, in *Cass. pen.*, 2007, 3573 ss., con nota di FIORENTIN, *Legge "ex-Cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, ivi, 3576 ss., sentenza in tema di affidamento in prova.

(137) BISORI, *op. ult. cit.*, 98 ss., il quale osserva come l'esclusione avrebbe avuto senso se il recidivo non avesse avuto possibilità di vedersi riconoscere i benefici, come accade per coloro che sono condannati per un reato di cui all'art. 4-bis ord. penit.

(138) PALAZZO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo,*

alternative nel processo (Atti del Convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005), Milano, 2007, 65.

(139) C. cost., ordinanza, 28 dicembre 2006, n. 455, in *Cass. pen.*, 2007, 1056 ss.; nonché C. cost., ordinanza, 23 dicembre 2004, n. 421, in *Giur. cost.*, 2004, 4456 ss.

indiretti in sede di esecuzione, ma tale esito non deve scandalizzare più di tanto, se si considera che è l'unico modo per renderlo non solo razionale, ma anche davvero capace di conformarsi alle mutevoli esigenze specialpreventive del reo (140).

16. I nuovi scenari della recidiva. — Nel tracciare i nuovi scenari della recidiva, si deve partire da alcune considerazioni di fondo.

Dalle codificazioni ottocentesche in poi, l'istituto della recidiva è stato il principale strumento per dare ingresso nella pena alla pericolosità sociale in termini oltretutto presuntivi. Da un lato, in ordine al ruolo da essa giocato in sede di commisurazione, si consideri la qualificazione come circostanza aggravante o indice peculiare di commisurazione, ma, soprattutto, si consideri l'obbligatorietà; dall'altro lato, si tenga presente il progressivo potenziamento degli effetti indiretti capaci di limitare o precludere l'applicazione di una miriade di istituti favorevoli al reo collocati nelle varie fasi della pena, ma bisognosi di flessibilità per esigenze specialpreventive.

D'altra parte, se è indubbio che permane ancora l'esigenza di farsi carico del rischio di recidiva e di apprestare strumenti penali per un suo controllo (141), tale esigenza non può più essere soddisfatta dal "sistema" della recidiva così come è stato configurato fino ad ora, essendo entrato in crisi con l'attuale assetto costituzionale. Per quanto riguarda gli effetti diretti, il principio di proporzione obbliga a ricondurre la recidiva entro il limite invalicabile della colpevolezza per il fatto, mentre il principio di personalità della responsabilità penale impone di attribuire una discrezionalità al giudice in ordine alla valutazione dei presupposti sostanziali. Per quanto riguarda gli effetti indiretti, le esigenze di prevenzione speciale non solo vietano il ricorso a giudizi presuntivi di pericolosità sociale, ma a ben vedere assorbono e trasformano lo stesso concetto di pericolosità sociale, il quale nella sostanza non esprime altro che l'esigenza specialpreventiva di ricorrere a strumenti di supporto personalizzati finalizzati per l'appunto alla prevenzione del rischio di recidiva.

Andando ancora più a fondo, c'è da ritenere che questione centrale da risolvere sia, come già due secoli fa (v. *supra*, § 2 e 3), il ruolo da attribuire alla personalità del reo nella dimensione punitiva. Ebbene, pare opportuno espungerla non

solo dal reato, ma anche dalla commisurazione, dandole rilevanza esclusivamente nella fase esecutiva, la quale diviene il luogo in cui esigenze specialpreventive e di pericolosità sociale, oltre a compensarsi e bilanciarsi, si compenetrano fino ad identificarsi nel momento in cui la stessa pericolosità sociale si considera espressione di particolari esigenze di prevenzione speciale.

È alla luce di queste premesse che si deve ripensare la disciplina della recidiva. Per quanto riguarda gli effetti diretti, si possono delineare due diversi orientamenti. Da un lato, sulla scia di quanto avvenuto in altri sistemi come ad esempio quello tedesco, si ritiene opportuno eliminare la recidiva come circostanza o indice commisurativo peculiare (142). Dall'altro lato, vi sono autori che invece auspicano il suo mantenimento, accompagnato però da una riforma che renda inequivocabile la sua *ratio* in chiave di maggiore colpevolezza e che stemperi il rigore delle conseguenze sanzionatorie (143). Una cosa sembra certa: non si creda che eliminando la recidiva essa sia comunque presa in considerazione all'interno della commisurazione della pena in senso stretto, e ciò perché essa ha una struttura così peculiare che difficilmente, in assenza di un dettato normativo, potrà essere valutata dal giudice. In altre parole, assumeranno rilievo i cosiddetti precedenti penali, o, meglio, l'assenza di precedenti penali in una prospettiva specialpreventiva, ma non la recidiva.

Per quanto riguarda la recidiva avente effetti indiretti, il tema si inserisce in quello più ampio del trattamento dell'autore imputabile pericoloso. Sul punto si possono distinguere ancora una volta due strategie: da un lato, vi sono sistemi che hanno previsto la recidiva come presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza (144); dall'altro lato, si può ipotizzare un trattamento differenziato del recidivo all'interno della pena (145).

La prima strategia suscita non poche perplessità, in quanto è lo stesso doppio binario a non convincere, visto che, in assenza di cause che incidono sull'imputabilità, le misure di sicurezza tendono a identificarsi con le pene sia sul piano dei

(142) In arg. cfr. DOLCINI, *La "nuova" recidiva (legge 5 dicembre 2005, n. 251)*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* a cura di BERNARDI, PASTORE e PUGIOTTO, Milano, 2008, 33 ss.; TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 210 s.; PULITANO, *Diritto penale*⁴, Torino, 2011, 445.

(143) AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 278 ss.

(144) Per un esame dettagliato di tali sistemi, cfr. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 215 ss.

(145) PELISSERO, *op. cit.*, 364 ss.

(140) In arg. cfr. anche LEO, *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, cit., 177.

(141) PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 354 ss.

contenuti che delle funzioni, con conseguente violazione del principio di proporzione (146).

Preferibile pertanto l'idea che si debba creare un percorso differenziato all'interno della pena. E nella configurazione di tale trattamento, abbandonata l'idea del 2005 di configurare la recidiva come ipotesi presuntiva di pericolosità sociale avente efficacia preclusiva o limitante, si possono distinguere altre tre possibili opzioni. Anzitutto, la recidiva potrebbe continuare a svolgere un ruolo "in negativo" preclusivo o limitante, ma, al fine di superare gli inconvenienti che in parte caratterizzano ancora la disciplina degli effetti indiretti della recidiva, si potrebbe pensare a un giudizio sulla personalità in concreto non solo autonomo rispetto a quello della cognizione, ma anche qualitativamente diverso, in quanto connesso allo specifico beneficio che viene in gioco. In sostanza, sulla scia di una sentenza della Corte costituzionale del 2012 (147), la preclusione o la limitazione potrebbero operare non solo in presenza di una pluralità di condanne, ma anche congiuntamente alla precedente applicazione del beneficio, di modo che la preclusione deriverebbe, più che dalla pericolosità del soggetto in sé e per sé considerata, dal fallimento e dall'inefficacia della misura precedentemente applicata, e quindi nella sostanza da peculiari esigenze specialpreventive.

In secondo luogo, abbandonando il suo ruolo preclusivo o limitativo, ma sempre in una prospettiva "in negativo", la recidiva potrebbe condizionare l'applicazione del beneficio in relazione all'idoneità di quest'ultimo a scongiurare la ricaduta nel reato. Con la conseguenza che l'applicazione dei vari istituti dell'esecuzione della pena dovrebbe essere subordinata a una valutazione concernente il rapporto che intercorre tra il contenuto di tali istituti e il rischio di recidiva, come in parte già avviene per i permessi premio, la detenzione domiciliare e la semilibertà.

Infine, si potrebbe prevedere un trattamento differenziato "in positivo", per cui invece di rinunciare al o limitare il trattamento in libertà, si potrebbero prevedere prescrizioni e adempimenti conformati alle esigenze concrete della personalità del recidivo, non avendo timore di configurare il trattamento in modo tale che le componenti sanzionatorie in chiave di sicurezza e maggior controllo possano risultare anche prevalenti su quelle

risocializzanti. Certo, si potrà obiettare che così facendo si finisce per penalizzare il percorso risocializzante in considerazione della tendenziale incompatibilità tra prescrizioni sanzionatorie e quelle risocializzanti. Tuttavia, è un dato ormai assodato che la recidiva si combatte più con trattamenti in libertà che attraverso la neutralizzazione-segregazione carceraria.

Roberto Bartoli

FONTI. — Per la disciplina "generale", art. 99 c.p.; per gli effetti indiretti relativi alla fase della commisurazione della pena: art. 62-bis comma 2, 69 comma 4, 70 comma 2, 81 comma 4 c.p.; per gli effetti indiretti concernenti la punibilità: art. 151 comma 5, 157 comma 2, 161 comma 2, 172 comma 7, 174 comma 3, 179 comma 2 c.p.; per gli effetti indiretti relativi alla fase esecutiva: art. 176 comma 2 c.p. e art. 47-ter comma 01, 30-quater, 58-quater comma 7-bis ord. penit.; per gli effetti indiretti in ambito processuale: art. 444 comma 1-bis, 671 comma 2-bis c.p.p.; per le ipotesi speciali di recidiva: art. 296 commi 1 e 2 l. dog.; art. 8-bis l. 24 novembre 1981, n. 689; art. 52 comma 2 d. lg. 28 agosto 2000, n. 274; art. 20 e 13 comma 1 lett. b d. lg. 8 giugno 2001, n. 231; riforme principali che hanno inciso sulla disciplina della recidiva: d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito con modificazioni in l. 7 giugno 1974, n. 220; l. 5 dicembre 2005, n. 251; d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94.

LETTERATURA. — Per un inquadramento del fenomeno del recidivismo da un punto di vista sociologico-criminologico e delle sue connessioni con la recidiva, cfr. *Aggressori sessuali. Dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento* a cura di CIAPPI, Milano, 2006; BACCARO e MOSCONI, *Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, 213 ss.; CAMPANA, *Condannati a delinquere? Il carcere e la recidiva*, Milano, 2009; HASSEMER e MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2001; JOCTEAU, *I numeri del controllo penale*, in *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia* a cura di CAMPESI, RE e TORRENTE, Torino, 2009, 185 ss.; LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, 7 ss.; PONTI e MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*², Milano, 2008; RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2006; TORRENTE, *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato di ricerca*, in *Dietro le sbarre e oltre*, cit., 224 ss.

Per un quadro storico della recidiva, cfr. BRIEGEL e WENZEL, *La récidive à l'épreuve de la doctrine pénale (XVIIe-XIXe siècles)*, in *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Âge au XXe siècle* a cura di BRIEGEL e PORRET, Genève, 2006, 93 ss.; BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del codice Rocco. Spunti di riflessione*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, 333 ss.; Id., *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, n. 12, 5 ss.; DURAND, *Arbitraire du juge et "consuetudine delinquendi": la doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècles*, Montpellier, 1993; GARGANI, *La visione "socio-criminologica" della recidiva nel pensiero di Giacomo Matteotti*, in *Ind. pen.*, 2002, 1247 ss.; MARCHETTI, *L'armata del crimine: teoria e repressione della recidiva in Italia*, Ancona, 2008; Id., *Le "sentinelle del male". L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra natu-*

(146) Sul punto sia consentito rinviare a BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 720 ss.

(147) C. cost. 19 dicembre 2012, n. 291.

ralismo giuridico e normativismo psichiatrico, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVIII, 2009, 1009 ss.; MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008; PALAZZO, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, 349 ss.; ROUSSEAU, *La récidive: invention médiévale ou symptôme de modernité?*, in *Le criminel endureci*, cit., 55 ss.; SBRICCOLI, *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endureci (XIVe-XVIe siècles)*, ivi, 25 ss.; SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice du XIXe siècle*, in Id., *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIe-XIXe siècles)*, Poitiers, 1991, 313 ss.

Sulla recidiva come istituto penalistico: a) tra le opere a carattere generale, oltre alla manualistica, cfr. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile. Parte generale*, in *Trattato di diritto penale* diretto da GROSSO, PADOVANI e PAGLIARO, III, t. 1, Milano, 2009; GATTA, in *Codice penale commentato*³ a cura di DOLCINI e MARINUCCI, I, Artt. 1-240, Milano, 2011, sub art. 99, 1440 ss.; ROMANO e GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Art. 85-149, 4^a ed., Milano, 2012; TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il reo pericoloso*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale* diretto da PALAZZO e PALIERO, I, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa* a cura di DE VERO, Torino, 2012, 503 ss.; b) prima della riforma del 2005, cfr. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997; COSTA, *Recidiva*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 2007; DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1999; DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950; GUERRINI, *La recidiva: le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11 aprile 1974, n. 99*, in *St. sen.*, 1978, 35 ss.; LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958; Id., *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967; MAZZA, *Recidiva*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 1988, 68 ss.; MELCHIONDA, *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro it.*, 1987, II, 633 ss.; Id., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 63 ss.; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985; PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 303 ss.; PITTARO, *Recidiva*, in *D. disc. pen.*, XI, 1996, 359 ss.; RICCIO, *Recidiva*, in *Nss. D.I.*, XIV, 1968, 1050 ss.; SERIANNI, *Recidiva*, ivi, Appendice, VI, 1986, 370 ss.; VASALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975; c) dopo la riforma del 2005, cfr. i contributi di AMATO, *Il recidivo va a caccia di "generiche"*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 56 ss.; AMBROSETTI, *Recidiva*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da CASSESE, V, Milano, 2006, 4950 ss.; Id., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 679 ss.; BARTOLI, in *L. 5 dicembre 2005, n. 251. Commento*, in *Leg. pen.*, 2006, sub art. 5, 453 ss.; Id., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, n. 12, 14 ss.; Id., *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1695 ss.; BERGAMASCO, *Le innovazioni in materia di benefici penitenziari*, in *Le innovazioni al sistema penale* apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 a cura di GIUNTA, Milano, 2006, 151 ss.; BERNASCONI, *Recidiva reiterata e bilanciamento di circostanze: la duplice presa di posizione della Corte costituzionale*, in *Criminalia*, 2007, 291 ss.; BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1123 ss.; BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale* apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 a cura di GIUNTA, cit., 37 ss.; Id., *La recidiva in sede di esecuzione*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, n. 12, 44 ss.; CAPUTO, *La recidiva tra indirizzi interpretativi e tendenze della politica criminale*, in *Questione giustizia*, 2007,

813 ss.; CARUSO, *Recidiva*, in *D. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, t. 2, 2008, 1037 ss.; CASSANO, *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, n. 12, 26 ss.; CIAMPI, *Permesso premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della l. 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")* a cura di SCALFATI, Padova, 2006, 243 ss.; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori?"*, ivi, 53 ss.; COSTA, *Recidiva*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 2007; D'AGNOLO, *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della l. 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")* a cura di SCALFATI, cit., 193 ss.; DELLA BELLA, *Three strikes and you are out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 832 ss.; DOLCINI, *Le due anime della "ex-Cirielli"*, in *Corr. merito*, 2006, 55 ss.; Id., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 515 ss.; Id., *La "nuova" recidiva (legge 5 dicembre 2005, n. 251)*, in *Legalità penale e crisi del diritto*, oggi. *Un percorso interdisciplinare* a cura di BERNARDI, PASTORE e PUGIOTTO, Milano, 2008, 31 ss.; FIORENTIN, *Giro di vite sui tossicodipendenti*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 84 ss.; Id., *Legge "ex Cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 2007, 3576 ss.; FIORENTIN e DELLI PRISCOLI, *"Tre colpi e sei fuori": una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1879 ss.; FIORIO, *Inasprimenti al divieto di concedere nuovi benefici penitenziari*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della l. 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")* a cura di SCALFATI, cit., 225 ss.; Id., *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 315 ss.; GATTA, *Attegnamenti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2375 ss.; Id., *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2012, Diritto penale*, pt. g., Roma, 2012, 1 ss.; GENTILE DONATI, *La recidiva*, Padova, 2012; GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e del suo contenuto*, in *Le innovazioni al sistema penale* apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 a cura di GIUNTA, cit., 1 ss.; LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti "indiretti" della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1785 ss.; Id., *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2012*, cit., 173 ss.; MARCHESELLI, *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 79 ss.; MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 170 ss.; MARRA, *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della l. 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")* a cura di SCALFATI, cit., 287 ss.; MARTINI, in *L. 5 dicembre 2005, n. 251. Commento*, cit., sub art. 7, 8 e 9, 476 ss.; Id., *Prove di un diritto penale futuro: controllo sulla discrezionalità penale*, in *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi* a cura di PIEMONTESE, Pisa, 2008, 67 ss.; MAZZA, *Il nuovo volto della recidiva*, in *Riv. poliz.*, 2006, 89 ss.; Id., *Recidiva e giudizio di bilanciamento tra circostanze*, in *St. sen.*, 2008, 416 ss.; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss.; Id., in *L. 5 dicembre 2005, n. 251. Commento*, cit., sub art. 1, 2 e 3, 420 ss.; MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit.; PADOVANI, in *L. 5 dicembre 2005, n. 251. Commento*, cit., sub art. 4, 445 ss.; Id., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 32 ss.; PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano*

dopo la XIV legislatura, in *Dem. dir.*, 2006, 53 ss.; PAVARINI, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili: la nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, 7 ss.; ID., *The Spaghetti Incapacitation? La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione penale compulsiva* a cura di INSOLERA, Padova, 2006, 3 ss.; PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008; PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1366 ss.; PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 30 dicembre 2010; PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 61 ss.; RENOLDI, *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti della discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2010, 3775 ss.; ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4097 ss.; ID., *La recidiva reiterata è aggravante facoltativa*, ivi, 2008, 1905 ss.; ID., *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*, ivi, 2011, 2103 ss.; ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della l. 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")* a cura di SCALFATI, cit., 5 ss.; SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 45 ss.; SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, ivi, 38 ss.; TESAURO, *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 3358 ss.; TIGANO, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della recidiva*, in *Ind. pen.*, 2012, 333 ss.; TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.

